

7 4
927
BIBLIOTECA UCM



5306844230

YOLANDA SANCHEZ-URAN AZAÑA

EL ALTO DIRECTIVO LABORAL

(Un estudio jurídico sobre la titularidad y el
ejercicio del poder en la empresa)

"EXCLUIDO DE PRESTAMO"

TOMO I

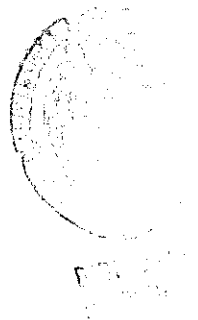
pl. 101992

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

EL ALTO DIRECTIVO LABORAL

(Un estudio jurídico sobre la titularidad y el
ejercicio del poder en la empresa)

DONATIVO



TESIS DOCTORAL realizada por:

YOLANDA SANCHEZ-URAN AZAÑA

Bajo la dirección del Prof.Dr. D. **MANUEL ALONSO OLEA**

Madrid, Diciembre 1991

A MIS PADRES
Y A FERNANDO; por todo

Quiero expresar mi agradecimiento a
J.L. TORTUERO PLAZA, por su
inestimable ayuda y continuo apoyo

INDICE GENERAL

CAPITULO PRIMERO:

CONFIGURACION JURIDICA DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCION.

I. INTRODUCCION.....	
II. DEPENDENCIA COMO CRITERIO DELIMITADOR DEL OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO: REPERCUSION EN LA FIGURA DEL PERSONAL DIRECTIVO.....	1
<u>A. REGULACION LEGAL DE LA EXCLUSION DEL PERSONAL DIRECTIVO.....</u>	7
A.1. Ley de Contrato de Trabajo de 1931.....	8
A.2. Ley de Contrato de Trabajo de 1944.....	11
<u>B. EXCLUSION LEGAL DEL PERSONAL DIRECTIVO: CRITERIO EXTENSIVO. CAUSAS.....</u>	15
B.1. Aceptaciones de la dependencia e índices reveladores de la independencia en el trabajo..	15
B.1.1. <u>Índices reveladores de la independencia económica del personal directivo.....</u>	18
B.1.2. <u>Índices reveladores de la independencia técnica.....</u>	19
B.2. Revisión doctrinal.....	22
B.2.1. <u>Posiciones doctrinales sobre el valor de la nota de dependencia.....</u>	23
B.2.2. <u>Posición doctrinal sobre la exclusión del Personal directivo.....</u>	27
<u>C. EXCLUSION LEGAL DEL PERSONAL DIRECTIVO: CRITERIO RESTRICTIVO.....</u>	30
C.1. Posición jurisprudencial respecto a la dependencia.....	32
C.2. Interpretación jurisprudencial de la exclusión del personal directivo.....	33
<u>D. CONTRATO DE TRABAJO Y OTRAS FIGURAS AFINES. CRITERIO DELIMITADOR.....</u>	40
D.1. Contrato de trabajo y arrendamiento de servicios regulado por el Código Civil.....	41
D.1.1. <u>Extrajuridicidad de la diferencia entre ambos.....</u>	43
D.1.1.a. Evolución de la regulación legal del personal directivo.....	44
D.1.1.b. Objeto y causa en el contrato de trabajo.....	47
D.2. Contrato de trabajo y mandato.....	52
D.2.1. <u>Confusión legal.....</u>	53

<u>D.2.2.Mandato y relación representativa.....</u>	59
<u>D.2.3.Mandato y contrato de trabajo.....</u>	63
 III.INCLUSION LEGAL DEL PERSONAL DIRECTIVO EN EL AM- BITO SUBJETIVO DEL DERECHO DEL TRABAJO.....	72
 <u>A.HACIA UNA FLEXIBILIZACION LEGAL DEL CONCEPTO DE DEPENDENCIA. REVISION.....</u>	73
A.1.Alcance de la "flexibilización" de la de- pendencia.....	75
<u>A.1.1.Interpretación del artículo 19.1. del Estatuto de los Trabajadores.....</u>	81
 <u>B.LA TECNICA DE LAS RELACIONES LABORALES DE CARACTER ESPECIAL COMO MECANISMO DE AMPLIACION DEL AMBITO SUBJETIVO DE LA LEGISLACION LABORAL.....</u>	87
B.1.Contrato de trabajo "común" y contrato de trabajo "especial". ¿Existen razones para una diferenciación?.....	89
<u>B.1.1.Imprecisión legislativa</u>	89
<u>B.1.2.Valoración crítica de la regulación legal.....</u>	94
<u>B.1.3.Indeterminación del concepto contrato de trabajo "común"</u>	96
B.1.3.a.Las diferentes cláusulas reglamen- tarias de derecho supletorio: interpreta- ción.....	100
B.2.La relatividad del concepto legal "contra- tos (o relaciones) especiales de trabajo".....	105
<u>B.2.1.Inexistencia de un criterio común de especialidad.....</u>	107
<u>B.2.2.Consecuencias de la arbitrariedad legislativa.....</u>	114
 NOTAS al capítulo primero.....	122

CAPITULO SEGUNDO:

LAS FUENTES DE LA RELACION LABORAL ESPECIAL DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCION

I. CONSIDERACIONES PREVIAS..... 153

II. EL ALCANCE DE LA AUTONOMIA PRIVADA EN LA RELACION LABORAL ESPECIAL DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCION..... 158

A. AUTONOMIA-HETERONOMIA EN LA RELACION JURIDICA DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCION..... 161

A.1. Relatividad del principio de autonomía privada en el Derecho Privado y en el Derecho del Trabajo..... 162

A.2. Artículo 30.1 del Estatuto de los trabajadores "versus" artículo 30 del R.D.1382/1985... 164

B. LIMITE LEGAL A LA AUTONOMIA PRIVADA EN EL R.D. 1382/1985..... 169

B.1. "Normas de este Real Decreto"..... 171

B.1.1. Derecho supletorio y plena libertad de las partes..... 175

B.1.2. El carácter esencialmente dispositivo del R.D.1382/1985. Interpretación..... 179

B.2. "Las demás (normas) que sean de aplicación". 182

B.2.1. Normas constitucionales de contenido laboral. Especial consideración del límite constitucional de la jornada..... 186

B.2.2. Remisiones "contractuales" a la legislación laboral. Interpretación..... 195

III. AUTONOMIA COLECTIVA COMO LIMITE DE LA AUTONOMIA PRIVADA EN LA RELACION JURIDICA DEL ALTO DIRECTIVO
(Una exploración del convenio colectivo de o para el personal de alta dirección)..... 201

A. RESPUESTA DESDE EL R.D.1382/1985..... 204B. EXCLUSION DEL MODELO DE NEGOCIACION COLECTIVA DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES..... 208

B.1. Exclusión de la negociación colectiva conjunta con los demás trabajadores..... 208

B.1.1. Representación unitaria..... 209

B.1.2. Representación sindical..... 214

B.1.3. Reflexiones sobre la exclusión..... 216

B.2.Exclusión de la negociación colectiva estatutaria exclusiva para el alto directivo.....	224
<u>B.2.1.Alcance de la representación sindical para el alto directivo.....</u>	226
<u>B.2.2.Hipótesis de negociación colectiva estatutaria. Interpretación.....</u>	230
<u>C.NEGOCIACION COLECTIVA EXTRAESTATUTARIA. EFECTOS...</u>	237
NOTAS al capítulo segundo.....	246

CAPITULO TERCERO:
CONFIGURACION SISTEMATICA DEL CONCEPTO DE PERSONAL DE ALTA DIRECCION: INDICIOS JURISPRUDENCIALES.

I.INTRODUCCION.....	274
II.GRUPOS DE PERSONAL DIRECTIVO EN SENTIDO AMPLIO. DELIMITACION.....	278
<u>A.IMPORTANCIA DE LA DISTINCION.....</u>	278
A.1.Bipartición.....	278
A.2.Tripartición.....	285
<u>B.CONFIGURACION JURIDICA DEL ALTO CARGO NO LABORAL..</u>	290
B.1.Evolución de la exclusión.....	291
B.2.Influencia de las normas de Seguridad Social.....	295
B.3.Ambito subjetivo de la exclusión legal. Delimitación.....	304
<u>B.3.1.Valoración de la delimitación legal de la exclusión.....</u>	305
<u>B.3.2.Influencia de la condición de socio en el ámbito subjetivo de la exclusión.....</u>	313
B.4.Caracterización jurídica del alto cargo....	317
<u>B.4.1.Actuación de la Sociedad mercantil....</u>	319
<u>B.4.2.Posiciones doctrinales en Derecho Mercantil.....</u>	322
<u>B.4.3.Respuesta en el Derecho del Trabajo...</u>	328
<u>B.4.4.Concurrencia de trabajos.....</u>	333

III.ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA NOCION DE ALTO DIRECTIVO.....	338
--	-----

IV.HETEROGENEIDAD DE LA CONDICION DEL ALTO CARGO: INFLUENCIA DE LOS ELEMENTOS PERSONALES O SUBJETIVOS.	341
---	-----

<u>A.REMUNERACION: FORMA Y CUANTIA</u>	341
A.1.Fondo de Garantía Salarial: aplicación al alto directivo.....	346
A.2.Forma de retribución.....	355

<u>B.ESPECIAL RELACION DE CONFIANZA</u>	357
B.1."Cargos de confianza" y personal de alta dirección: Delimitación.....	361
B.2.Especialidades en el régimen jurídico del alto directivo derivadas de la especial con- fianza.....	368
<u>B.2.1.Temporalidad del vínculo y supuesto pacto de permanencia</u>	369
<u>B.2.2.Prohibición de competencia</u>	374
<u>B.2.3.Extinción del contrato</u>	382
B.2.3.a.Extinción unilateral por volun- tad del alto directivo.....	383
B.2.3.b.Desistimiento del empresario...	390
B.2.3.c.Despido disciplinario.....	394

<u>C.PODER DE REPRESENTACION</u>	403
--	-----

<u>D.CAPACIDAD TECNICO-PROFESIONAL</u>	408
--	-----

<u>E.VALORACION CONJUNTA DE LOS ELEMENTOS PERSONALES...</u>	412
---	-----

V.ELEMENTO FORMAL EN LA CONFIGURACION JURIDICA DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCION.....	415
---	-----

<u>A.ENUMERACION DE CARGOS DEL ARTICULO 79 DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO DE 1944. EFECTOS</u>	415
--	-----

<u>B.EXCLUSION DE CARGOS EN LAS REGLAMENTACIONES DE TRABAJO. INFLUENCIA ACTUAL</u>	417
B.1.Valor de la exclusión.....	418
B.2.Exclusiones específicas en las Reglamenta- ciones de Trabajo (supuesto de Director de Ho- tel y Director de Medios de Comunicación).....	423

NOTAS al capítulo tercero.....	433
--------------------------------	-----

CAPITULO CUARTO:

LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL CONCEPTO DE
ALTA DIRECCION EN LA DEFINICION LEGAL ACTUAL.

I.INTRODUCCION:.....	459
II."EJERCICIO DE LOS PODERES INHERENTES A LA TITULARIDAD JURIDICA DE LA EMPRESA".....	464
<u>A.LA EMPRESA Y EL EMPRESARIO EN UN DOBLE ASPECTO: ECONOMICO Y SOCIOLOGICO.....</u>	465
<u>B.LA EMPRESA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO.....</u>	471
B.1.Visión unitaria de la empresa: noción a efectos del artículo 19.2 del R.D.1382/1985....	474
<u>C.EL EMPRESARIO, PERSONA JURIDICA Y LA ORGANIZACION DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.....</u>	477
C.1.Los diferentes grados y significados de la delegación de facultades en la Sociedad Mercantil.....	479
<u>C.1.1.Consejo de Administración y Consejero Delegado: relación.....</u>	480
<u>C.1.2.Consejero-Delegado y alto directivo laboral: delimitación.....</u>	483
C.2."Poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa" y objeto social.....	491
<u>C.2.1.Identidad sustancial de las facultades ejercidas por el órgano delegado y el alto directivo.....</u>	494
<u>C.2.2.Concurrencia de cargos.....</u>	499
III.ACTIVIDAD RELATIVA A LOS "OBJETIVOS GENERALES". INTERPRETACION.....	503
<u>A.NATURALEZA Y EXTENSION DE LAS FACULTADES EJERCIDAS.....</u>	504
A.1.Criterio "cualitativo" de delimitación...	506
A.2.Criterio "cuantitativo" de delimitación..	510
<u>B."MODO" DE EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE ALTA DIRECCION.....</u>	515
B.1.Transferencia directa de los poderes del empresario.....	516
B.2."Dependencia" en su trabajo.....	519
NOTAS al capítulo cuarto.....	526

<u>CONCLUSIONES</u>	537
----------------------------------	-----

<u>BIBLIOGRAFIA</u>	553
----------------------------------	-----

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADC.....	Anuario de Derecho Civil
AL.....	Actualidad Laboral (revista)
Ar.....	Referencia de los repertorios de jurisprudencia y de legislación de Aranzadi
Ar.Social.....	Aranzadi Social (revista semanal)
Bol.Grad.Soc.....	Boletín de Graduados Sociales
Cass.Sez.lav.....	Corte di Cassazione, Sezione Lavoro (sentenza)
CCDT.....	Cuadernos de la cátedra de Derecho del Trabajo (Valencia)
C.de co.....	Código de Comercio, aprobado por R.D. de 22 de agosto de 1885
CL.....	Cuadernos Laborales (I.N.I.)
DL.....	Documentación Laboral (revista)
GDLRI.....	Giornale di Diritto del Lavoro e di relazioni industriali
Il dir.lav.....	Il Diritto del Lavoro (rivista)
J.C-C.L.....	Jurisprudencial civil -colección legislativa
Lav.e prev.oggi...	Lavoro e previdenza oggi (rivista)
L.C.T.....	Ley de Contrato de Trabajo, aprobada por D.de 26 de enero de 1944
L.R.L.....	Ley 16/1976 de 8 de abril, de Relaciones Laborales
L.S.A.....	Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por R.D.Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre
Mass.Giur.Lav.....	Massimario di Giurisprudenza del Lavoro
PEE.....	Papeles de Economía Española (revista)
RCDI.....	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
R.D.....	Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección
RDBB.....	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDM.....	Revista de Derecho Mercantil
RDPvdo.....	Revista de Derecho Privado
RDT.....	Revista de Derecho del Trabajo (Buenos

	Aires, Argentina)
REDT.....	Revista Española de Derecho del Trabajo Rev.de TRT.....
Rev.Inst.Eur.....	Revista de Instituciones Europeas
Rev.Leg.Jur.....	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RFDUCM.....	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
RISS.....	Revista Iberoamericana de Seguridad Social
Riv.giur.lav. e della prev.soc....	Rivista Giuridica del lavoro e della previdenza sociale
Riv.it.dir.lav....	Rivista italiana di diritto del lavoro
Riv.Trim.dir. e proc.civ.....	Rivista trimestrale de diritto e procedura civile
RJC.....	Revista Jurídica de Cataluña
RL.....	Relaciones Laborales (revista)
RPS.....	Revista de Política Social
R.R.M.....	Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por R.D.1597/1989, de 29 de diciembre
RT.....	Revista de Trabajo
SCT.....	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STCo.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
TSJ.....	Tribunal Superior de Justicia

CAPITULO PRIMERO

CONFIGURACION JURIDICA DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCION

I. INTRODUCCION

Objeto y ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo están íntimamente relacionados. Preguntarse quién ha de considerarse trabajador es lo mismo que analizar el tipo de trabajo objeto de esta jurídica, es decir, las notas o caracteres que han de concurrir en ese trabajo para que sea objeto del Derecho del Trabajo.

De tal manera que toda referencia a sujetos o personas entraña, jurídicamente hablando, una forzosa e ineludible remisión a hechos u objetos (MONTROYA MELGAR). Por eso es posición unánime en la doctrina el estudio o análisis del concepto de trabajador a partir de un presupuesto: el concepto jurídico de trabajo.

Y el análisis del ámbito personal del Derecho del Trabajo tiene una perspectiva triple: Legal, para el estudio del concepto de trabajador atribuido por el legislador en las sucesivas etapas históricas; Jurisprudencial, que lleva a la práctica e intenta acomodar a cada realidad social las previsiones normativas; Doctrinal, que se preocupa, no tanto de lo que sea, sino de lo que deba ser conforme a los criterios establecidos por la dogmática jurídica.

Precisamente, en lo que al ámbito personal del Derecho del Trabajo se refiere, ha ocupado un lugar destacado en el estudio doctrinal una figura jurídica que hasta el 1 de enero de 1986 (fecha de entrada en

vigor del R.D.1382/1985) no aparece incluida en el mismo; nos estamos refiriendo al PERSONAL DIRECTIVO, en sentido amplio, tradicionalmente excluido de la legislación laboral y tradicionalmente, también, considerado por la doctrina científica trabajador, es decir, sujeto del Derecho del Trabajo.

Esta disyuntiva entre ley y jurisprudencia, por un lado, y doctrina, por otro, se ha producido, precisamente, como consecuencia de los presupuestos que, a juicio del legislador, tipifican el trabajo objeto del Derecho del Trabajo.

De esos presupuestos o notas, unos sustantivos, otros adjetivos, han adquirido especial relevancia dos: AJENIDAD Y DEPENDENCIA, ya que han sido éstos los que han originado una auténtica polémica doctrinal, ya tradicional, en cuanto a cuál de ellos sea el requisito fundamental, sustantivo, tipificador del trabajo objeto de nuestra disciplina y, por ende, delimitador del ámbito subjetivo de la misma. Y esta polémica se ha visto especialmente acrecentada en lo que al Personal Directivo se refiere.

Así, a partir de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, en la que por primera vez aparece expresamente el requisito de la dependencia y en la que, también por primera vez, aparece el Personal Directivo excluido de la misma, la doctrina científica adopta una posición doble; bien negar valor definitorio a la dependencia, otorgando esa eficacia a la ajenidad y, en consecuencia, afirmar

que el Personal Directivo era trabajador que debía ser incluido en la legislación laboral; o bien, segunda posición, mantener el valor de la dependencia como requisito definitorio del trabajo objeto del Derecho del Trabajo y también, en función del concepto que atribuyen a la misma, defender que el Personal Directivo es trabajador dependiente y, como tal, sujeto del Derecho del Trabajo.

Ambas posiciones doctrinales critican, así mismo, la interpretación jurisprudencial de la legislación laboral en esta materia, desde un punto de vista doble: o bien (primera corriente doctrinal) se entendía que los Tribunales debían admitir que el criterio definitorio era la ajenidad; o bien (segunda posición), se entendía que estaban más preocupados en buscar unos índices, unos datos de hechos que exteriorizasen la existencia de la dependencia que en dar un concepto jurídico de esa nota, que permitiese la ampliación subjetiva del Derecho del Trabajo.

Nuestro estudio no pretende un análisis exhaustivo de las corrientes doctrinales, aun cuando, ciertamente, las mismas han sido estudiadas. Nuestro objetivo se centra en el análisis de la evolución doctrinal, legal y jurisprudencial respecto a la nota de DEPENDENCIA porque ha sido éste el elemento tradicionalmente utilizado en la determinación de la exclusión o inclusión del Personal Directivo del ámbito del Derecho del Trabajo, en la delimitación

(más o menos restrictiva) del propio concepto de Personal Directivo y, por último, también en en deslinde del contrato de trabajo de otras figuras contractuales afines (arrendamiento de servicios regulado por el Código Civil y mandato o comisión mercantil), en las que tradicionalmente se ha incluido el Personal Directivo.

Y en este sentido, hay que partir de la premisa siguiente: jurisprudencia y legislación han ido parejas en cuanto a la calificación de la dependencia como requisito imprescindible para tipificar el trabajo objeto del Derecho del Trabajo, requisito que se entendía faltaba en el trabajo del personal directivo. Pero su posterior inclusión en la legislación laboral -aun cuando sea a través de la técnica de la relaciones laborales especiales- sin que varíe el concepto "flexibilizado" de dependencia elaborado ya por la jurisprudencia en la etapa última de exclusión, confirmará el carácter contradictorio de la dependencia como criterio determinante de la noción de trabajador, sujeto de una relación laboral.

II. LA DEPENDENCIA COMO CRITERIO DELIMITADOR DEL OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO: REPERCUSION EN LA FIGURA DEL PERSONAL DIRECTIVO.

Como hemos advertido en la Introducción de este Capítulo, la inclusión del hoy denominado Personal de alta dirección en el ámbito del Derecho del Trabajo es muy reciente; ha sido, pues, tradicional que el legislador y la jurisprudencia le mantuviesen excluido de las normas laborales.

Las razones o fundamentos de dicha exclusión se han intentado explicar desde los elementos o notas que caracterizan o han de caracterizar el trabajo para que el mismo sea objeto de un contrato de trabajo y el sujeto que lo realiza trabajador desde la perspectiva laboral; por eso, sin pretender un estudio exhaustivo del concepto legal de trabajador desde una perspectiva histórico-jurídica (1), es forzoso analizar el o los elementos o notas básicas de ese concepto para, a partir de los mismos, determinar cuál o cuales faltaba en el trabajo desempeñado por el personal directivo.

El estudio que proponemos a continuación va a partir de la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 y se centrará en la Ley de Contrato de trabajo de 1944, aun cuando hagamos en primer lugar algunas consideraciones breves sobre la

regulación prevista en el Código de Trabajo de 1926 (aprobado por Real Decreto-Ley de 23 de agosto) y, lo que es más importante, sobre la doctrina y jurisprudencia anteriores y coetáneas a esta norma legal, que influirán decisivamente en el legislador posterior.

Aunque el Código de Trabajo de 1926 ya excluía a los Directores y Gerentes de Empresa (artículo 427), la razón de tal exclusión había que buscarla, no en las notas o criterios configuradores por excelencia del trabajo (ajenidad y dependencia), sino en la limitación del Código a una de las clases o tipos del trabajo humano; en efecto, el objeto de esta norma legal, en cuya regulación son reiteradas las expresiones "obrero" (artículos 1º, 3º...) y "manual" (artículos 142, 195, 427...) para definir que sea el contrato de trabajo y que deba entenderse por trabajador (u obrero) sujeto del mismo, es exclusivamente el trabajo manual.

De ahí que el trabajo intelectual por excelencia, el del personal directivo, estuviese excluido de la legislación laboral, en la que, por otra parte, influía notoriamente el Código de Comercio, que ofrecía ya una regulación completa de los denominados "auxiliares del comerciante" y, entre ellos, del Factor mercantil o Apoderado general (artículos 281-302 del C.de Co. de 1885), que el Código de Trabajo

de 1926 (artículo 427) asimilaba al Director o Gerente de Empresa a efectos de su exclusión del concepto legal de obrero.

Ahora bien, a pesar de esta regulación legal, la Jurisprudencia se preocupó, ya, influida por la doctrina mercantilista, en buscar el criterio que permitiese explicar la exclusión de determinados trabajos de la legislación laboral. Y sobre la tradicional distinción entre trabajo por cuenta ajena y trabajo dependiente, se entenderá que el criterio determinante del ámbito de aplicación de las normas laborales es la nota de la dependencia, de la que se habla, incluso, con bastante anterioridad al Código de Trabajo (2) y a la que se otorgó un significado próximo al de "lealtad y fidelidad recíprocas". Por eso, RODRIGUEZ-PIÑERO estimó que dicha construcción jurisprudencial del concepto de dependencia estaba muy influida por la normativa referente a los "auxiliares del comerciante" (3).

Efectivamente, el Código de Comercio de 1829 (R.D. de 3 de junio) en su Libro Primero, Título III, Sección 3ª ("De los factores y mancebos de comercio" -artículos 173-202) y, posteriormente, el Código de Comercio de 1885 (R.D. de 22 de agosto) en su Libro Segundo, Título III, Sección 2ª ("De otras formas de mandato mercantil. Factores, dependientes y mancebos" -artículos 281-302) regulan la relación in-

terna entre el comerciante y sus auxiliares (factores, dependientes y mancebos), en la que destacan dos elementos:

a.elemento ético: mutua confianza, lealtad, respeto -artículos 297, 303.3., 301.3...del C.de Co. de 1885.

b.nota jurídica, derivada de la anterior: permanencia en el negocio y subordinación (arts 292 y 297, respectivamente, del C.de Co,de 1885).

Fruto de esta regulación, la doctrina mercantilista de la primera mitad del S.XX, en especial GARRIGUES, consideró que la subordinación del auxiliar ofrecía un "matiz especial", que explicaba el encuadramiento de su relación jurídica con el comerciante fuera del mandato y del arrendamiento de servicios y dentro del que denominó "contrato de empleo" (advirtiéndose así una clara influencia del Proyecto de Ley sobre contrato de trabajo de 14 de noviembre de 1919, Capítulo II -"Del contrato de empleo"-, considerado como especie del contrato de trabajo -artículos 42, 43, 55 y 57). Y ese matiz especial se encontró en el origen de los servicios mercantiles del auxiliar, que había que buscarlo, en su opinión, "no en el contrato de arrendamiento romano (locatio operarum), sino en el antiguo contrato de servicios del Derecho germano,...destacándose visiblemente ese deber de mutuo respeto, de consideración personal, propia de la relación de fidelidad y confianza que era fundamental

en aquel contrato primitivo...haciendo posible la jerarquía dentro del establecimiento" (4).

Parece indudable la influencia de Otto VON GIERKE en esta construcción, quien, preguntándose cuál era el origen del trabajo en el Derecho Alemán, consideró que el mismo "tiene sus raíces en el derecho de personas (Personenrecht) no en el derecho de las obligaciones (Obligationenrecht). Su precursor es el contrato de servicios fiel (Treudienstvertrag)", que explica, por un lado el poder del que recibe el servicio, quien "tiene a su disposición la fuerza del trabajo del obligado y puede dirigir su actividad según su voluntad al fin propuesto"; por otro, "el deber personal de fidelidad del obligado al servicio" (5).

Resulta, cuando menos paradójico, el resultado en cuanto a la construcción en un plano conceptual de lo que sea o haya de entenderse por dependencia o subordinación y su consecuencias a efectos de delimitación del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. Aun cuando se otorgue a la misma el valor de nota determinante del concepto de trabajador, sujeto de un contrato de trabajo, la jurisprudencia, y con ella el legislador posterior, basa en la misma la exclusión de los trabajadores directivos y, entre ellos, al que la legislación mercantil denomina Factor o apoderado general; por el contrario, la doc-

trina mercantilista, sobre ese mismo dato de dependencia o subordinación, reconoce el carácter laboral de la prestación de servicios de los auxiliares del comerciante, en general, y del factor mercantil, en particular. En este sentido, y fuera de las posibles connotaciones políticas de la construcción doctrinal de GARRIGUES, es mayoritaria la posición doctrinal mercantilista que mantiene el carácter laboral de la figura (6).

La divergencia o discrepancia expuesta se reproduce constantemente en las diferentes etapas legislativas posteriores; por un lado, la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, recogieron esta Jurisprudencia y admitieron expresamente la nota de dependencia (artículos 2º y 1º y 2º respectivamente), que será utilizada como criterio decisivo para la inclusión y exclusión de determinados colectivos del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. Por otro lado, la doctrina laboralista mantendrá mayoritariamente que uno de esos sujetos excluidos, el genéricamente denominado personal directivo, realiza su trabajo conforme a los requisitos legales del objeto del contrato de trabajo.

De este modo, aun cuando se pueda afirmar que ambas leyes consolidaron las notas o requisitos caracterizadores del trabajo objeto del Derecho del

Trabajo, producen una consecuencia paradójica en lo que al ámbito personal del mismo se refiere, percibida en una evolución que tiene dos etapas: una primera, en la que prima el carácter restrictivo del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo y la jurisprudencia opta por una ampliación desmesurada de la exclusión del Personal Directivo.

Y una segunda etapa en la que se utiliza un criterio más amplio en cuanto al ámbito personal de la legislación laboral y, en consecuencia, se interpreta restrictivamente la exclusión legal del personal directivo, prevista en el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y de 1944, respectivamente.

A.REGULACION LEGAL DE LA EXCLUSION DEL PERSONAL DIRECTIVO

El estudio de las etapas que, durante la vigencia de las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y de 1944, pueden percibirse en la doctrina jurisprudencial sobre la exclusión del personal directivo ha de ir precedido del análisis de las pautas legislativas conforme a las cuales pueden utilizarse distintos criterios, uno más extensivo otro más restrictivo, en la interpretación del ámbito de esa exclusión.

A.1.Ley de Contrato de Trabajo de 1931

La Ley de Contrato de Trabajo de 1931 definía en su artículo 1º el contrato de trabajo y, en consecuencia, al trabajador sujeto del mismo y utilizaba para ello, como criterio determinante, junto a la ajenidad, la nota de la dependencia (7). Y esta exigencia no supuso, en términos generales y en apariencia, una restricción del ámbito personal de esta ley; más bien al contrario, frente al Código de Trabajo de 1926 en el que se excluía al trabajador intelectual, el artículo 6º de la L.C.T. de 1931 incluía expresamente a este tipo de trabajadores.

Ahora bien, decimos que tal ampliación se produjo sólo en apariencia porque el trabajador intelectual por excelencia, el DIRECTIVO, aparecía excluido en el artículo 7º de dicha ley (8) bajo la fórmula siguiente: "No regirá esta Ley para los directores, gerentes y altos funcionarios de las empresas que, por la representación que puedan ostentar de éstas, por su elevada capacidad técnica, importancia de sus emolumentos y por la índole de su labor, puedan ser considerados independientes en su trabajo".

El argumento legal utilizado para explicar esa exclusión se deduce de la conjunción de los preceptos mencionados (artículos 1º, 2º y 7º) y es claramente

silogístico. El legislador parte de dos proposiciones; a saber, primera, no basta que se trabaje por cuenta ajena; es necesario que se haga bajo la dependencia de otro para que la persona que realice ese trabajo pueda ser considerada trabajador desde el punto de vista de la legislación laboral. Segunda proposición, el personal directivo a que se refiere el artículo 7º es independiente en su trabajo.

Luego, conclusión que se deduce de las dos proposiciones anteriores, el personal directivo no es trabajador.

Pero el legislador de 1931 no ofreció un concepto jurídico de dependencia, es decir, "montado desde el contrato de trabajo" (9) o, en sentido negativo, que es el utilizado en la Ley de Contrato de Trabajo (artículo 7º), no precisó en qué consistía un trabajo independiente; ni siquiera proporcionó, como hará la Jurisprudencia, indicios de la posible existencia de una relación de dependencia. Se limitó a destacar, referido exclusivamente a un tipo de trabajadores excluidos de la legislación laboral (trabajadores directivos), unas notas o criterios que, a su juicio, eran suficientes para admitir la falta de tal presupuesto y que pueden ser clasificados, de acuerdo con BORRAJO DACRUZ (10), en tres grupos:

a.criterio estrictamente jurídico: representación de

la empresa para la que trabajan; entendido correctamente el término "empresa" utilizado por el legislador como sinónimo de "empresario" o titular jurídico de dicha empresa.

b.criterio técnico: relativo a la capacidad técnica o profesional del directivo y a su competencia funcional, a la que se refiere el artículo 7º ("la índole de su labor") sin explicar qué hubiese de entenderse por la misma.

c.criterio económico-social: importancia de sus emolumentos.

Esta construcción legal influyó decisivamente en la Jurisprudencia, quien, teniendo en cuenta las formas de manifestación del carácter independiente del trabajo del personal directivo, utilizará dos de ellas (las señaladas en los apartados b) y c) precedentes) en sentido inverso, como índices tradicionales de exteriorización del presupuesto de la dependencia, cayendo así en el mismo error que el legislador; pues, conforme a esos índices, la Jurisprudencia tampoco se preocupó en dotar a la misma de un concepto unívoco, unitario, sino de una multiplicidad de acepciones (así se ha venido hablando de dependencia técnica, económica, social, moral...), "dejando reducida a cuestión más de hecho que de derecho la constatación de si la relación de dependencia existía" (11).

Y ha sido, precisamente, esta actuación jurisprudencial la que ha llevado a un importante sector de nuestra doctrina (12) a rechazar el criterio de la dependencia como requisito o presupuesto fundamental del objeto del Derecho del Trabajo y, en consecuencia, del concepto de trabajador, como veremos más detenidamente.

A.2.Ley de Contrato de Trabajo de 1944

La Ley de Contrato de Trabajo de 1944 siguió a su antecesora en lo que a la delimitación del ámbito subjetivo de la legislación laboral se refiere; el concepto de trabajador se elaboró a partir de las definiciones legales de contrato de trabajo (artículo 1º) y del objeto del mismo (artículo 2º), en las que se utiliza como presupuesto básico la nota de dependencia, que apareció también posteriormente en el artículo 6º in fine (13) como requisito fundamental de la noción de trabajador.

Pero, y este es un dato básico a tener en cuenta en el estudio posterior, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, al igual que la de 1931, no aportó un concepto de dependencia; se limitó a otorgar a la misma el valor de nota determinante de la existencia de una relación laboral, dejando a la jurisprudencia la labor de definición de ese presupuesto.

En cuanto al personal directivo y conforme a su precedente de 1931, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 mantuvo su exclusión de la legislación laboral bajo la fórmula siguiente (artículo 7º): "No regirá esta Ley para las personas que desempeñen en las empresas las funciones de alta dirección, alto gobierno y alto consejo, características de los siguientes cargos o de otros semejantes:

Director General, Director o Gerente de la empresa, Subdirector general, Inspector general, Secretario general y excluidos de las correspondientes Reglamentaciones de Trabajo"

Sin mayores precisiones por el momento, puesto que no corresponde aquí el estudio de los elementos definitorios del personal directivo, baste decir que el concepto elaborado por la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 fue, aparentemente, más restrictivo que el propuesto por su precedente de 1931; en efecto, el legislador abandonó, como criterios distintivos, los elementos subjetivos de "representación", "elevada capacidad técnica" e "importancia de los emolumentos". Sólo utilizó el criterio objetivo de la función realizada (dirección, gobierno y consejo), unido al dato del nivel (alto), pero no definió qué hubiese de entenderse por alta función directiva ni explicó la razón de la "exclusión" del sujeto que la ejerce del ámbito subjetivo de la le-

gislación laboral.

El fundamento de tal exclusión no podía estar en la función que dicho personal realiza en la empresa en la que prestan sus servicios, que sólo parece servir para diferenciar, dentro del género Personal Directivo en sentido amplio, Personal Directivo "medio" o no alto (incluido, al parecer, en la legislación laboral como sujeto de un contrato de trabajo) y Personal Directivo "alto" (excluido de la misma).

La "exclusión" había que buscarla en la conjunción de los artículos 6º, in fine, y 7º; si trabajador es, en general, todo aquel que desarrolle "actividades en situación de dependencia con respecto a las personas que las ordenen o encarguen..." (artículo 6º, in fine) y la persona que desempeña "en las empresas funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo" (artículo 7º) se considera legalmente que no es sujeto de un contrato de trabajo, el fundamento de la exclusión no está en el dato de la función, sino, precisamente en un dato previo que omite el legislador. A saber, en la hipótesis (que será confirmada por la jurisprudencia) o presunción legal de independencia en su trabajo (14).

Esta ambigüedad e inconcrección legal impide al intérprete establecer dos etapas diferentes en lo que a la evolución del concepto de dependencia y a la exclusión del Personal Directivo se refiere,

coincidentes, cada una, con una determinada ley. Por un lado, por lo que respecta a la nota de dependencia, se mantuvieron durante muchos años después de la L.C.T. de 1944 los mismos criterios utilizados en la interpretación de la L.C.T. de 1931; por otro, en cuanto al Personal Directivo, si bien la L.C.T. de 1944 estableció una exclusión más restrictiva (de los elementos subjetivos o personales se pasa al criterio objetivo de la función), en la práctica el término "alto" directivo no tendrá trascendencia alguna, pues los criterios jurisprudenciales en cuanto al concepto de Personal Directivo fueron los mismos que los utilizados años antes con la L.C.T. de 1931 (15); tanto más cuanto que, se añadiría, la jurisprudencia interpretó que el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 "lejos de revelar cambio de criterio (respecto a la Ley de Contrato de Trabajo de 1931), lo vigoriza, si se observa que: ...El artículo 7º de la Ley de Contrato de 1931 fijaba, predominantemente, su atención sobre las circunstancias subjetivas del trabajador; el de 1944, sin olvidarlas, destaca aquéllas que objetivamente caracterizan el servicio..." (16).

B. EXCLUSION LEGAL DEL PERSONAL DIRECTIVO: CRITERIO
EXTENSIVO. CAUSAS.

**B.1. Aceptaciones de la dependencia e índices revelado-
res**

de la independencia en el trabajo.

Como ya hemos advertido, aunque la Jurisprudencia comenzó a hablar de la dependencia como requisito del contrato de trabajo y del concepto de trabajador antes de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, fue precisamente con esta Ley cuando se afianzó tal criterio jurisprudencial, mantenido también después de la promulgación de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (17).

La construcción jurisprudencial se realizó en dos planos paralelos: en primer lugar, y ante la ausencia de una definición legal de dependencia, la jurisprudencia no se preocupó tanto de proporcionar un concepto único, unitario de la misma desde la perspectiva jurídica, como de buscar varios sentidos o acepciones (técnico, económico, social) que permitiesen justificar su ausencia en todos aquellos trabajos, en general, excluidos de la legislación laboral y, en particular, en el trabajo del personal directivo

La segunda labor de la jurisprudencia fue el estudio de los índices que, a su juicio, exteriori-

zaban esas diversas acepciones y, en consecuencia, revelaban la existencia de una relación dependiente.

De los diversos sentidos o acepciones de la nota de dependencia, a nosotros interesan sólo aquellos ligados a la exclusión del personal directivo; de ahí que, basada la exclusión legal (artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931) en varios criterios, entre ellos el técnico y el económico-social, convenga exponer, siquiera brevemente, el significado de esas acepciones unidas a la nota de dependencia.

Conforme advirtió la doctrina, la expresión dependencia técnica partía de un presupuesto, a saber, el reconocimiento de la superioridad del empresario en cuanto a los conocimientos teórico-prácticos del trabajo; desde esta perspectiva, la dependencia había de entenderse como sometimiento del trabajador a esos conocimientos y a "las normas técnico-profesionales que le imparte el empresario" (18), bajo cuya dirección, y obedeciendo sus órdenes, ha de estar el trabajador (19).

Desde la acepción económico-social, la dependencia se refería a la subordinación del trabajador (parte más débil del contrato) respecto del empresario, "nacida de una supeditación vital de aquél al percibo de un salario o jornal" (20). Esta acepción o sentido fue característico de las relaciones laborales

en la primera mitad del S.XIX e incluso durante nuestra primera legislación laboral (la denominada etapa proteccionista o tuitiva, iniciada con la LEY BENOT de 24 de julio de 1873), en la que se entendía que el obrero estaba sometido a las condiciones de trabajo que le imponía el empresario y que debía ser protegido ante los abusos que sufría, sobre todo en materia salarial por el desequilibrio entre la oferta y la demanda de trabajo.

Desde luego, este sentido de la dependencia se abandona en la etapa que estamos estudiando (el Derecho del Trabajo no es ya un "Derecho tuitivo, no es un Derecho de los económicamente débiles" (21), pero la Jurisprudencia considera que existe tal dependencia siempre que el nivel económico del trabajador fuese inferior al del empresario y necesitase un salario "fijo en su cuantía y periódico en su vencimiento" (22), como único medio de subsistencia. Ahora no se dice: existe relación laboral allí donde existe sumisión económica del trabajador respecto del empresario; pero sí se advierte que la misma se manifiesta allí donde hay un trabajo remunerado en forma y cuantía muy determinadas.

Teniendo en cuenta estas acepciones de dependencia (técnica y económica), la Jurisprudencia señaló los índices o datos de hecho que la revelaban; datos que han sido estudiados por la doctrina (23) y a ella

nos remitimos. Pero interesa destacar aquí qué formas de manifestación concretas faltaban en el Personal Directivo o, en sentido inverso, qué datos o criterios exteriorizaban el trabajo independiente de aquél desde el punto de vista económico y técnico.

B.1.1. Índices reveladores de la independencia económica del personal directivo.

La atribución a la dependencia del valor de elemento o característica esencial del contrato de trabajo y la confirmación jurisprudencial de su ausencia en el trabajo desempeñado por el personal directivo, obligaron, desde una perspectiva económica, a determinar los elementos o índices que exteriorizaban esa independencia.

Así, en primer lugar, y derivado directamente de uno de los criterios utilizados en el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo, la Jurisprudencia se refirió al dato de la retribución, si bien no tanto a la forma como a la cuantía de la misma; y sobre esta base, entendió que la "importancia verdaderamente extraordinaria, con relación al nivel económico de los españoles", de los emolumentos del personal directivo" (24) denotaba una independencia económica propia de quien posee "una personalidad

elevada en la empresa...(y no) de obrero, de horario, local y dependencia vigiladas..." (25).

Junto al elemento de la importancia de la retribución, y en cierta forma derivado del mismo, la Jurisprudencia fundamentó la independencia económica del personal directivo en otros dos índices; a saber, la falta de un salario fijo (26), inexistencia de un horario fijo (27) y de una jornada horaria precisada (28).

Respecto a este último dato conviene recordar la ya tradicional exclusión del personal directivo de la legislación sobre jornada máxima (29) aplicable al resto de los trabajadores.

B.1.2. Índices reveladores de la independencia técnica.

Desde el punto de vista técnico, son varios, a juicio de la jurisprudencia, los índices que revelaban el carácter independiente del trabajo del Personal Directivo.

En primer lugar, su elevada capacidad técnico-profesional, derivada de unos conocimientos profesionales superiores a los del nivel medio de los trabajadores (30).

En segundo lugar, y derivada de la anterior,

importancia de su competencia funcional (la "índole de la labor" a que se refería el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931), concretada en la dirección técnica (31). En una primera aproximación, puesto que el legislador y la Jurisprudencia no explicaron qué debía entenderse por tal, puede definirse como la organización, vigilancia y control del trabajo dentro de un determinado sector funcional y/o territorial de la empresa, que requiere una persona especialmente capacitada para esa función.

Esta nota o elemento funcional será, precisamente, el utilizado por la jurisprudencia y doctrina posteriores para dotar al artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 de un significado más restrictivo en cuanto a la exclusión del personal directivo propuesta por dicho precepto legal. De este modo, se diferenciarán, por un lado, dirección técnica o dirección especializada, que se entenderán objeto de un contrato de trabajo y, en consecuencia, el sujeto que las realice trabajador por cuenta ajena; y, por otro, dirección del negocio o "gestión del negocio" (32), a la que se excluirá de la definición legal del trabajo objeto de un contrato de trabajo; diferencia que influirá decisivamente en el concepto legal actual (artículo 1º del R.D. 1382/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral de carácter especial del Personal de Alta Dirección) y originará la confusión con el propio

titular de la empresa, persona física o jurídica.

Como tercer índice revelador de la independencia técnica del directivo, y derivada de los expuestos más arriba, se entendió que la función ejercida por el directivo exige una autonomía, libertad y responsabilidad tales (33) incompatibles con el grado de sometimiento a las órdenes del empresario en la ejecución del trabajo que se derivan del propio contrato de trabajo; en definitiva, para la jurisprudencia de esta etapa los conocimientos profesionales del Personal Directivo son superiores, incluso, a los del propio empresario, por lo que la función que realizan no puede ser de mera ejecución de órdenes e instrucciones impartidas por éste, sino de dirección, concretada en la esfera técnica, en la que no reciben órdenes del empresario.

La conjunción de las acepciones de la dependencia, por un lado, y de los índices reveladores o datos de hecho que indicaban normalmente la existencia/inexistencia de la misma, por otro, traen consigo, en lo que al concepto y ámbito personal del artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (respectivamente) se refiere, una ampliación desmesurada. Así, a modo de ejemplo, se entendía incluidos en tal precepto y, en consecuencia,

excluidos de la legislación laboral, los siguientes cargos (todos ellos extraídos de la jurisprudencia): Ingeniero; Químico; Encargado de laboratorio; Jefe de laboratorio; Jefe superior del personal técnico; Director técnico de explotaciones mineras; Director de fabricación...).

Si los criterios adoptados por el legislador y la jurisprudencia en esta primera etapa en cuanto a la exclusión del Personal Directivo en relación con la nota o presupuesto de la dependencia, fueron de dos tipos, a saber, independencia técnica e independencia económica, existe una clara reacción doctrinal que, precisamente negará a esos indicios valor determinante de la exclusión del Personal Directivo de la legislación laboral.

B.2.Revisión doctrinal

El carácter tan ambiguo de la dependencia, por un lado, y el criterio tan amplio en cuanto a la exclusión del Personal Directivo, por otro, produjo en la doctrina científica varias reacciones críticas.

Por lo que se refiere, en general, a los elementos o presupuestos básicos del concepto de trabajador y, en particular, al requisito legal de dependencia,

bien negar a la misma valor como elemento fundamental del concepto de trabajador y otorgar a la ajenidad tal categoría; bien mantener la nota de dependencia, despojándola de los indicios o formas de exteriorización y de sus diferentes acepciones, buscando un concepto unitario y jurídico de la misma, montado desde el propio contrato de trabajo.

En segundo lugar, y en relación con el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo y, en concreto, en cuanto a la inclusión o exclusión del Personal Directivo, la opinión mayoritaria parece ser aquélla que considera al mismo como trabajador sujeto del Derecho del Trabajo (según la concepción que se tenga en cuanto a los requisitos, se dirá que es, bien trabajador por cuenta ajena, bien trabajador dependiente).

B.2.1. Posiciones doctrinales sobre el valor de la nota de dependencia

No pretendemos en este apartado hacer una exposición exhaustiva de las diferentes posiciones doctrinales ya que las mismas son hoy suficientemente conocidas; nuestro objetivo es mostrar la clara divergencia entre jurisprudencia y doctrina en cuanto

a los elementos determinantes del concepto de trabajador, sujeto del Derecho del Trabajo.

La clasificación de las diferentes corrientes doctrinales, que a continuación se intenta, no se basa simplemente en la aceptación o no aceptación de la dependencia conforme a la elaboración jurisprudencial de la etapa precedente. El criterio conforme al cual efectuamos la distinción está en lo que entendemos como divergencia en el contrato de trabajo entre su objeto y su causa, característica especial de este contrato frente a otras figuras jurídicas afines y al que se dedicará un apartado específico en otra parte de nuestro estudio.

Teniendo en cuenta esta observación previa, las posiciones doctrinales pueden dividirse en tres grandes grupos.

El primer grupo lo forman aquellos autores que argumentan su crítica sobre la base de las formas de manifestación y acepciones de la dependencia y defienden la "crisis" de la misma como nota fundamental en la delimitación del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo.

Para esta postura doctrinal, cuyos máximos exponentes en la década de los 60 son **BAYON CHACON** y **ALONSO OLEA** (34), la dependencia no es sino consecuencia de la AJENIDAD, ésta sí elemento o nota

determinante ya que la misma hace referencia a la causa del contrato del trabajo.

Frente a los autores anteriores, existe una corriente doctrinal que mantiene la DEPENDENCIA como nota determinante; y lo hace, precisamente, desde el punto de vista del objeto de la relación contractual entre trabajador y empresario, cayendo en un error a la hora de criticar la posición anterior: mientras en esta última el cambio o traspaso de la dependencia a la ajenidad se hace sobre la base de la distinción objeto/causa del contrato de trabajo, reconociendo que es ésta (no aquél) la que dota de un carácter especial al mismo, los autores que mantienen la dependencia (cuyo máximo exponente es **RODRIGUEZ-PIÑERO**) lo hacen desde el objeto. Y, entienden por tal la propia persona del trabajador, su propia fuerza de trabajo, que se pone a disposición del empleador para aplicarla en su interés y de la que deriva el dominio sobre el trabajador, es decir, la dependencia o subordinación de éste al empresario o empleador (35).

Se dota así a la dependencia de un significado muy próximo al otorgado por la doctrina mercantilista de la primera mitad del Siglo XX y que influyó en la Jurisprudencia de esa época.

Una tercera posición doctrinal intenta acercar los

postulados anteriores, por lo que puede ser calificada como intermedia o ecléptica.

Los autores partidarios de esta posición tienen en cuenta que es la causa (diferente al objeto) la que caracteriza el contrato de trabajo y, sobre esta base, consideran que en el mismo existe una doble finalidad, en relación a las notas de ajenidad y dependencia; a saber, una finalidad principal, "puramente patrimonial", que es la auténtica causa del contrato de trabajo y está relacionada con la ajenidad en sus diferentes versiones (36).

Y una finalidad derivada, instrumental, "personal" (los servicios prestados, el trabajo realizado), que se traduce en el objeto de dicho contrato y de la que deriva la dependencia (37).

Conforme a esta distinción, los autores argumentarán que la dependencia "no es requisito típico y exclusivo de las relaciones laborales" (38), pero está presente en las mismas junto a la ajenidad, siempre que se abandonen sus acepciones técnica y económica (ambas irrelevantes en la calificación de un contrato como de trabajo y, en consecuencia, en la determinación del concepto de trabajador, sujeto del mismo) y se la dote de un concepto unitario y jurídico. Así, autores partidarios de esta posición, **DE LA VILLA** y **MONTOYA MELGAR**, se preocupan en definir (39) jurídicamente esta nota (siempre desde el punto de vista del objeto del contrato de tra-

bajo), a la vez que determinan en qué consiste, desde sus respectivos puntos de vista, la ajenidad (elaborada a partir de la causa de dicho contrato).

Conviene adelantar ahora que será este sector doctrinal el que influya decisivamente en la etapa jurisprudencial posterior, a la que haremos referencia en breve; como tendremos ocasión de analizar, aun cuando se mantenga por la jurisprudencia la dependencia como requisito fundamental, no se dotará a la misma del significado otorgado por los autores encuadrados en la segunda corriente, sino que se adoptará, precisamente, un concepto de dependencia muy próximo al elaborado por los autores de este tercer grupo.

B.2.2.Posición doctrinal sobre la exclusión del Personal Directivo

La segunda reacción doctrinal, como expusimos más arriba, está en relación con el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo; en concreto, los autores se plantean si el Personal Directivo puede calificarse como trabajador sujeto de un contrato de trabajo y, en definitiva, si ha de estar incluido en el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo.

En este sentido, y frente a la línea jurisprudencial de la primera etapa, que utilizaba un

criterio restrictivo en cuanto al ámbito personal del Derecho del Trabajo, es casi unánime en todas las posiciones doctrinales expuestas la idea de extensión del mismo y, en consecuencia, la interpretación restrictiva del artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, de tal manera que se incluyan en el mismo el menor número posible de trabajadores por cuenta ajena. Es opinión, casi generalizada (40), que dicho precepto legal establece una exclusión constitutiva, en el sentido que el personal a que se refiere está ligado al empresario por un auténtico contrato de trabajo (en él se dan los requisitos fundamentales de ajenidad y dependencia) ; se trata, en definitiva, de una relación laboral. De ahí que se interprete como una excepción (no exclusión) a los efectos de esa norma y se deje a un lado el término general Personal Directivo y comience a hablarse de Personal o trabajador de Alta Dirección.

Pero decíamos que esta posición no es unánime; y es que desde las diferentes posiciones doctrinales señaladas en páginas anteriores se mantienen opiniones contrarias a la calificación de la relación del personal directivo en sentido amplio (y del personal de alta dirección, en sentido estricto) como relación laboral y, por tanto, defensoras de su exclusión del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo.

Así, desde la ajenidad, **ALMANSA PASTOR** considera que el alto cargo no es trabajador por cuenta ajena (41), aunque el autor citado no argumenta porqué falta, a su entender, la ajenidad en el trabajo prestado por el alto cargo. Se limita a interpretar literal y sistemáticamente la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, sin advertir que la opinión doctrinal, mayoritariamente a favor de su inclusión, parte de los criterios jurisprudenciales que atribuían al artículo 7º de la Ley citada una interpretación extensiva, similar a la del artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931.

Desde la posición doctrinal partidaria de la nota de dependencia, **DIEGUEZ CUERVO** (42) considera que el alto cargo es un trabajador independiente. Pero, a nuestro juicio, en el razonamiento del autor hay un error conceptual; no es que falte en este tipo de trabajo la dependencia tal y como él la entiende, sino que al ser, para él, esencial a la función del alto cargo "la tenencia de poderes" (en el sentido de apoderamiento-representación), considera que el mismo es independiente en su trabajo, conforme a lo establecido en el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 ("la representación", a que se refería el precepto citado) y la jurisprudencia de la época, en los que que apoya su razonamiento. Baste en este momento dejar apuntada la crítica a esta posición doctrinal, a la que se dedicará mayor

atención cuando posteriormente abordemos la distinción entre contrato de trabajo y mandato (ya que el autor citado considera que el alto cargo es un mandatario).

Con ello se demuestra, en nuestra opinión y en contra de algún autor (43), que dicha interpretación restrictiva del art.7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 no se produce como consecuencia de la denominada o mal denominada "crisis de la dependencia". Y que ello es así lo avala:

.por un lado, la interpretación jurisprudencial de la segunda etapa, que a continuación veremos.

.por otro, la opinión mayoritaria de la posición doctrinal partidaria de la dependencia en cuanto a la calificación del personal directivo como sujeto de un contrato de trabajo y, en consecuencia, incluido en el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo.

C.EXCLUSION LEGAL DEL PERSONAL DIRECTIVO: CRITERIO RESTRICTIVO.

A finales de los años 50, la Jurisprudencia experimenta una decisiva evolución en lo que a la nota de dependencia se refiere y, en consecuencia, en cuanto a la interpretación del artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

Recordemos que, desde el punto de vista legal, en esta época se afianza, a través de la Ley 21/1962 de 21 de julio, que modificó el artículo 6º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, la dependencia como requisito fundamental en la calificación de un contrato como laboral. Por otro lado, la delimitación (y, en consecuencia la exclusión de la legislación laboral) del personal directivo a través del artículo 7º es, a diferencia de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, más restrictiva (ahora no basta que se dedique este trabajador a funciones de dirección, gobierno o consejo, sino que ha dedicarse a la alta dirección, alto gobierno o alto consejo) y más objetiva (de los aspectos personales se pasa a la función) (44).

Estas previsiones legales tienen su correspondencia, por un lado en la Jurisprudencia, por otro, en la doctrina.

En lo que a la Jurisprudencia se refiere, son varios los datos que avalan su evolución en cuanto al valor de la dependencia como elemento determinante del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo, como a continuación explicamos.

C.1.Posición jurisprudencial respecto a la dependencia

La opción del legislador por la dependencia (frente a la ajenidad) como nota fundamental del contrato de trabajo, impregna toda la doctrina jurisprudencial de esta época, en la que, al igual que la anterior, se mantiene así mismo esta nota (45).

Aunque aparecen sentencias en las que se reconoce que el requisito fundamental es la ajenidad (46), no la dependencia (tal vez influidas por la doctrina científica a que hacíamos referencia más arriba), la línea jurisprudencial que se impone es la que mantiene la dependencia como elemento esencial.

Si bien hasta ahora la jurisprudencia de esta época no varía con respecto a la que hemos denominado primera etapa (admisión de la dependencia como elemento fundamental) sí se aprecia un giro radical en lo que respecta a las anteriores notas jurisprudenciales en las que la doctrina científica había basado sus críticas más duras; a saber: en primer lugar, la nueva línea jurisprudencial prescindir de aquellos índices o datos de hecho que habían servido en la primera etapa como reveladores de la nota de la dependencia (47).

Y en segundo lugar, frente al criterio múltiple

mantenido en cuanto al concepto de dependencia, se intenta ahora adoptar un concepto unitario de la misma que, en una primera aproximación, podemos decir que estaba ligado al denominado poder de mando del empresario. Ahora ya no se habla de dependencia técnica, económica ni social, sino simplemente de dependencia, entendida desde un punto de vista jurídico, es decir, montada desde el contrato de trabajo.

C.2. Interpretación jurisprudencial de la exclusión del personal directivo.

Como hicimos en el estudio de la primera etapa, vamos a intentar ahora relacionar la doble perspectiva jurisprudencial acerca de la nota de dependencia con el ámbito de la exclusión legal del personal directivo.

En este sentido, conviene recordar que de las acepciones que se habían mantenido de la dependencia, eran dos, dependencia técnica y económica, las que, exteriorizadas a través de unos índices a los que ya nos hemos referido, se entendía que faltaban en el personal excluido de la legislación laboral (artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944, respectivamente).

Para delimitar ahora el ámbito subjetivo del artículo 7º ya no se tiene en cuenta que los salarios que reciba sean muy altos y que su capacidad técnica sea también muy elevada. La remuneración es elemento esencial del contrato de trabajo para el legislador (artículo 1º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944) y para los Tribunales (48), pero se admite por ambos cualquier tipo, forma y cuantía (dentro de los límites legales), abandonándose así uno de los criterios del artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 como elemento fundamental de la exclusión actual (49).

El intento jurisprudencial de ampliar el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo y, en consecuencia, interpretar restrictivamente el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 se basa precisamente en el abandono del criterio técnico de dependencia. Se entiende ahora que los servicios denominados de "alta técnica" (50), es decir aquéllos que requieren una capacidad técnica y preparación profesional del trabajador muy elevada, son trabajos dependientes y, por tanto, quien los presta trabajador sujeto del Derecho del Trabajo.

Son dependientes según el criterio que se adopta por los Tribunales en cuanto qué deba entenderse por dependencia. Y en este sentido juega un papel fundamental el criterio técnico porque, a nuestro

juicio, aunque el mismo se abandona, sirve como punto de referencia para delimitar el concepto de dependencia.

Recordemos que uno de los aspectos de la dependencia técnica era el sometimiento del trabajador a las órdenes e instrucciones del empresario como persona que posee unos conocimientos superiores sobre los determinados aspectos (económico-financiero y técnico-laboral) de la actividad empresarial. Ahora se dice que, si bien es posible que el trabajador actúe con "libre iniciativa" (51) o plena responsabilidad (52) en el modo de "llevar a término el servicio encomendado, correspondiente a la esfera de la ciencia, arte o técnica del productor" (trabajador) (53) sin que haya una vigilancia o ingerencia absoluta del empresario en la ejecución del mismo, corresponde al empresario un poder de decisión sobre la orientación general del negocio y un poder de dirección del trabajo en el aspecto no reservado a la técnica especial del trabajador (54). De ahí que se de un concepto amplio y flexible de la nota de la dependencia, entendida, bien como sometimiento o deber de obediencia del trabajador al poder de mando del empresario (55), manifestado a través de órdenes e instrucciones; bien como inserción en el círculo rector, organicista y disciplinario del empresario (56).

Es indudable la influencia de la doctrina sobre la ajenidad en la nueva etapa jurisprudencial, que obliga a ampliar el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo, "flexibilizando" al máximo la nota de dependencia, que se quiere mantener como nota imprescindible en la calificación de una relación jurídica como laboral.

Entendida así la dependencia, como "correlato del poder de dirección del empresario" (57), manifestada incluso en los servicios más cualificados técnicamente (58), la consecuencia en lo que al ámbito subjetivo del artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo se refiere es clara: se adopta un criterio interpretativo restrictivo del mismo, de tal manera que queden excluidos de la legislación laboral el menor número de cargos de dirección posibles. Y es precisamente en la delimitación de lo que haya de entenderse por ALTO CARGO donde la Jurisprudencia vuelve a cometer, a nuestro juicio, un grave error, influida sin duda por la decisión del legislador y que va a impregnar toda la evolución posterior hasta llegar a la actualidad.

Mientras la doctrina sigue manteniendo que al Alto Cargo es trabajador por cuenta ajena y/o dependiente, según la postura que se adopte y que, en definitiva, el art.7º de la L.C.T. de 1944 establece una excepción motivada más por criterios económicos y so-

ciológicos que jurídicos, no existe, por el contrario, una voluntad jurisprudencial clara de incluir a estos trabajadores en el ámbito personal del Derecho del Trabajo; en efecto, la jurisprudencia sigue obsesionada con el carácter independiente del trabajo prestado por los mismos y, por tanto, en la existencia una auténtica exclusión de la legislación laboral (59). De ahí que se preocupe, desde luego con buena intención, en buscar el criterio de delimitación entre el Personal de dirección superior o medio y el Personal de alta dirección.

Este criterio de delimitación, como veremos más detenidamente en otra parte del estudio, va a ser, junto al carácter de la especialísima confianza y buena fe, el aspecto funcional (60). Así se van a diferenciar las funciones de dirección técnica, propias del personal directivo superior, de las de alta dirección, alto gobierno o alto consejo. Y, de nuevo, en lo que a este aspecto se refiere, se utiliza una interpretación excesivamente restrictiva, que influirá decisivamente en el actual Real Decreto 1382/85, de 2 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Esta tendencia jurisprudencial es claramente contradictoria porque, manteniendo que el trabajador alto directivo es independiente en su trabajo,

intenta, por otro lado, restringir al máximo su exclusión del Derecho del Trabajo a través de dos elementos (el objetivo; funcional y la confianza especialísima) que, a su juicio, pueden posibilitar esa restricción. Elementos estos que pueden servir para diferenciar al personal de alta dirección del personal directivo no alto cuando a ambos cabe calificar como trabajadores por cuenta ajena, pero no cuando se otorga (como hace la jurisprudencia) diferente naturaleza jurídica a la relación de cada uno de ellos con el empresario (en el primer caso, relación no laboral, en el segundo, relación laboral).

En definitiva, lo que intentamos poner de manifiesto es que los elementos utilizados por la jurisprudencia no son jurídicamente relevantes para provocar la inclusión o exclusión de un determinado colectivo (en nuestro caso, del personal de alta dirección) del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo.

Y esta tendencia jurisprudencial, además de contradictoria, es, como afirmara **BORRAJO DACRUZ**, "contraproducente" (61) por varios motivos.

En primer lugar porque en la evolución posterior se produce una ruptura entre la legislación y la jurisprudencia. Esta no debió moverse en tal contradicción; nunca debió calificar al alto cargo

como trabajador independiente, sino, por el contrario, considerarlo trabajador por cuenta ajena y, por tanto, hablar de auténtica excepción legal, no de exclusión. De tal manera, por un lado, se hubiese adelantado así a la futura previsión legal (Ley de Relaciones Laborales y Estatuto de los Trabajadores), que lo califica como trabajador y a su relación con el empresario como relación laboral, aunque de carácter especial; por otro, no se hubiese producido una situación difícilmente explicable para el intérprete como es el paso de una calificación a otra (de trabajador excluido a trabajador incluido) sin que, al menos aparentemente, cambie el concepto jurisprudencial de dependencia, cuando, además, será el que se adopte por el legislador posterior, como veremos detenidamente en las páginas siguientes.

Y contraproducente también, en segundo lugar, porque una delimitación tan restrictiva del ámbito personal del artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, como consecuencia del criterio funcional tan restringido que, a su vez, se utiliza como principal nota definitoria del alto cargo, van a hacer en gran medida innecesario e inútil el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral especial del Personal de Alta Dirección.

D. CONTRATO DE TRABAJO Y OTRAS FIGURAS AFINES:
CRITERIO DELIMITADOR

La Jurisprudencia, al operar con la exclusión legal de la figura del personal de alta dirección (artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944) e intentar demostrar que es un trabajador independiente y, por tanto, no sujeto de un contrato de trabajo, se ve forzada a incluirle en otras figuras contractuales.

Pero tal inclusión no se realiza de modo irreflexivo, sino después de haber buscado el criterio que la justifique. Ese criterio, conforme a la doctrina más arriba expuesta, no será para ella otro que la DEPENDENCIA. Así, el razonamiento seguido fue del siguiente tenor: la nota de dependencia es requisito fundamental del trabajo objeto del Derecho del Trabajo y del concepto de trabajador; el personal de alta dirección es trabajador independiente; luego, en primer lugar, ha de estar excluido de la legislación

laboral y, segundo, puede ser sujeto de otras relaciones jurídicas en las que falte la nota de dependencia.

Por eso, las páginas siguientes de nuestro trabajo van a estar dedicadas al estudio del deslinde entre contrato de trabajo y aquellas otras figuras contractuales en las que, jurisprudencia, doctrina o legislación, han incluido al alto directivo; esas figuras contractuales han sido básicamente dos. A saber, arrendamiento de servicios regulado por el Código Civil y mandato.

D.1. Contrato de trabajo y arrendamiento de servicios regulado por el Código civil.

Planteada la delimitación entre contrato de trabajo y arrendamiento de servicios civil, es posible optar entre entre dos soluciones probables.

En primer lugar, puede sostenerse que ambas figuras contractuales son diferentes, porque diferentes son, a su vez, las notas o elementos que las caracterizan.

En este sentido se han pronunciado un sector de la Jurisprudencia y de la doctrina, que han intentado demostrar que, aun cuando contrato de trabajo y

arrendamiento de servicios sean especies del género de la "locatio conductio operarum" romana, de la que derivan, entre ambos existen diferencias importantes.

Siendo este el planteamiento general, las posiciones divergen bastante en cuanto a cuál sea el elemento delimitador. Así, para un **sector jurisprudencial**, el más importante cuantitativamente y el de mayor proyección, manteniéndose hasta la actualidad, el criterio delimitador no es otro que la dependencia; se atribuye a la misma el valor de nota o requisito fundamental del contrato de trabajo frente al arrendamiento de servicios (62).

Y por lo que respecta a la **doctrina**, es preciso distinguir, a su vez, dos posiciones; por un lado, aquellos que, basándose en la relación entre objeto y causa de un contrato, consideran que ambos están identificados en el arrendamiento de servicios, mientras que la causa del contrato de trabajo no se corresponde con su objeto (63).

Por otro, segunda posición doctrinal, aquellos para quienes la ajenidad es el elemento fundamental del contrato de trabajo, el que lo distingue de otras figuras contractuales próximas. En consecuencia, es ésta la nota que falta en el arrendamiento de servicios, aunque en el mismo pueda existir alteridad (64).

Pero también cabe admitir (y ésta sería la segunda

solución al problema del deslinde o delimitación entre contrato de trabajo y arrendamiento de servicios) que ambos contratos comparten los mismos caracteres y la diferencia entre ellos es artificiosa y extrajurídica. Así opina un sector doctrinal (65), para quien no cabe diferenciar dentro del género "arrendamiento", las especies arrendamiento de servicios y contrato de trabajo. Este último no es más que el arrendamiento de servicios "laboral" o, si se quiere, el regulado por la legislación laboral: ambos contratos comparten los mismos caracteres; comparten, así mismo, la misma causa y el mismo objeto, diferenciados entre sí frente a otros tipos de arrendamientos, como son las ejecuciones de obra.

Aunque la denominación del contrato de trabajo aluda a su objeto (trabajo, que tiene el mismo significado que servicios), hay que buscar su especialidad, si es que la tiene, en la causa del mismo. Pues bien, como veremos más adelante, esa causa coincide con la del arrendamiento de servicios "civil", si la misma se busca dentro del propio contrato y teniendo en cuenta a los sujetos del mismo.

D.1.1.Extrajuridicidad de la diferenciación entre contrato de trabajo y arrendamiento de servicios regulado por el Código Civil

Expuestas brevemente las posiciones acerca de la posible delimitación entre estas dos figuras contractuales, nos corresponde ahora optar por una de ellas; esta opción requiere, a nuestro juicio, una previa valoración crítica de las soluciones propuestas por la jurisprudencia y la doctrina.

En este sentido, la crítica a la posición partidaria de la diferencia jurídica entre ambos tipos de contratos puede efectuarse desde dos planos diferentes; a saber, atendiendo, por un lado, a la evolución legal, en la que ocupa lugar destacado la regulación del trabajo prestado por el personal directivo. Y en segundo lugar, atendiendo a la relación entre causa y objeto en el contrato de trabajo frente a otras figuras contractuales.

D.1.1.a. Evolución de la regulación legal del personal directivo

En cuanto a la evolución legal del contrato de trabajo frente al arrendamiento de servicios, conviene recordar que la regulación de la relación jurídica entre obrero y patrono se efectúa en un primer momento a través de la figura del arrendamiento de servicios del Código Civil (arts. 1542 y 1583-1587), heredero de la *locatio conductio operarum romana*.

Esta regulación se mantuvo desde la Primera mitad del S.XIX (Decreto de Toreno de 1813) hasta el Código de Trabajo de 1.926. Desde esta Ley hasta la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (artículo 7º), como sabemos, el personal directivo aparecía excluido de la legislación laboral, entendiéndose por la Jurisprudencia sujeto de un arrendamiento de servicios y, en consecuencia, siendo la jurisdicción civil la competente para conocer de cuantos litigios se originasen entre el empresario y estos trabajadores.

Tal exclusión legal influyó decisivamente en la Jurisprudencia a la hora de buscar el criterio o nota determinante de la diferencia entre arrendamiento de servicios "civil" y el contrato de trabajo, siguiendo para ello un método claramente inductivo del siguiente tenor: el personal directivo está excluido de la legislación laboral porque es independiente en su trabajo; pero, puede ser sujeto de un arrendamiento de servicios civil. De ahí, elevando a un plano general el supuesto concreto del trabajo directivo, se dirá por la Jurisprudencia que la nota diferenciadora entre esta figura contractual y el contrato de trabajo será la dependencia. Así, éste último acogería los servicios prestados en régimen de dependencia, mientras el arrendamiento de servicios civil quedaría para aquellos en los que falte tal requisito, como es el supuesto de los servicios prestados por el personal directivo.

Ahora bien, en la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (artículo 3º.1.k) y en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 (art.2º.1.a) aparece el personal de alta dirección como sujeto de una relación laboral. Pero la Jurisprudencia mantuvo el mismo criterio de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 hasta la entrada en vigor del R.D.1382/85, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (concretamente, hasta el 1 de enero de 1986, conforme a su Disposición Final); es decir, exclusión de la legislación laboral e inclusión en la figura del arrendamiento de servicios regulado por el Código Civil.

La cuestión que inmediatamente surge al intérprete es si la jurisprudencia mantiene esa inclusión por un problema de derecho transitorio o porque sigue opinando que el personal directivo no puede ser considerado sujeto de un contrato de trabajo.

Y la duda se plantea porque aún en la actualidad la Jurisprudencia social (66) sigue opinando que el deslinde entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios se encuentra en la presencia (en el primer caso) y la ausencia (en el segundo) de la dependencia; aún hoy se dice que la dependencia es el criterio delimitador de las relaciones laborales y, por tanto , no existe en el

arrendamiento de servicios. Ahora bien, si desde la Ley de Relaciones Laborales de 1976 el personal de alta dirección ya no puede considerarse (legalmente) independiente en su trabajo, no se entiende que se mantenga como sujeto de un contrato (el arrendamiento de servicios) que, según la Jurisprudencia, conceptualmente exige la independencia del trabajo prestado.

Tal vez, y esta es la posible solución, entre el arrendamiento de servicios civil y el contrato de trabajo no existe la diferencia proclamada.

D.1.1.b.Objeto y causa en el contrato de trabajo

Para intentar justificar la afirmación precedente es necesario continuar la crítica a esta posición jurisprudencial, ahora desde el segundo punto de vista a que hacíamos referencia más arriba, relacionándola, a su vez, con las corrientes doctrinales que, por un lado, opinan que en el arrendamiento de servicios civil la causa y el objeto del contrato se identifican, mientras en el contrato de trabajo están diferenciados; y, por otro, estiman que en el arrendamiento de servicios civil no existe ajenidad.

El objeto del contrato de trabajo y del arrendamiento de servicios civil coinciden; en ambos es la prestación de un servicio o trabajo a cambio de una remuneración o salario (67). Y, atendiendo a la causa de los mismos, es decir la función económico-social tutelada por el ordenamiento jurídico, y teniendo en cuenta que la misma se ha de ubicar dentro del propio contrato (68), pues es la única forma de que ambas partes contratantes conozcan la misma, tanto en el contrato de trabajo como en el arrendamiento de servicios civil la causa coincide y, a la vez, es diferente al objeto, que ambas figuras contractuales también comparten. Así es, se trata de la cesión de frutos del arrendador (trabajador) al arrendatario (empresario), produciéndose así una doble utilidad patrimonial (atendiendo a ambas partes del contrato):

- para el trabajador: una remuneración, como contraprestación del trabajo o servicio realizado.

- para el empresario: los frutos que obtiene de ese trabajo remunerado.

Por tanto, ambos contratos comparten las notas jurídicas que derivan del objeto y la causa: dependencia y ajenidad, respectivamente.

El deslinde entre contrato de trabajo y arrendamiento de servicios civil hay que buscarlo en las

razones del aparición de nuestra disciplina. Con la Revolución Industrial se produce la generalización de un tipo de arrendamiento (69), caracterizado por la habitualidad de un trabajo o servicio, en principio manual y de escasa cualificación, prestado a otra persona (física o jurídica) como único medio de subsistencia de aquél que lo presta. Empieza así a generalizarse un trabajo caracterizado por las notas de libertad, productividad, ajenidad, dependencia y remuneración, encuadrable jurídicamente en la figura del arrendamiento de servicios, pero para el que aparece exigua y somera la regulación del mismo por el Código Civil. De ahí que en la legislación laboral (desde el Código de Trabajo de 1926) aparezca el que podríamos denominar arrendamiento de servicios "laboral", con el nombre de contrato de trabajo, haciendo así clara alusión con tal denominación a ese trabajo que la Revolución Industrial trae consigo.

De ahí que la frontera entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios sea, en alguna medida, extrajurídica y artificiosa.

Extrajurídica, porque las notas o elementos del contrato de trabajo pueden darse y de hecho se dan en relaciones jurídicas reguladas por el arrendamiento de servicios civil.

Si el alto cargo se considera que es sujeto de un contrato de ese tipo no es porque preste sus

servicios en régimen de independencia (una vez destruidas las acepciones técnica y económica de dependencia, en las que, como sabemos, la Jurisprudencia basa su argumento del carácter independiente del trabajo del personal directivo); puede estar dentro del ámbito de dirección o círculo rector, organicista y disciplinario de otra persona para la que presta su trabajo de dirección, de la que recibe una remuneración (aunque sea comparativamente muy elevada) y a cuyas directrices está sujeto. Sino porque la exclusión de la legislación laboral obligó a acudir a la legislación civil.

De esta forma se salvaría, por otra parte, la contradicción en que incurrió la Jurisprudencia social a partir de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (70).

Así se advirtió por una corriente jurisprudencial que, desgraciadamente, no continuó, pero que sin duda, sirvió para que la doctrina mantuviese su crítica hacia la postura jurisprudencial mayoritaria y que, al final, se ha visto recompensada al confirmarse por la legislación actual. Nos estamos refiriendo a una STS de 3 de febrero de 1961 (Sala 4) (Ar.414) (71), en las que se expresan los siguientes datos:

a."es preciso recordar la coincidencia originaria de las relaciones contractuales, hoy bifurcadas en

civiles y laborales, dentro de la figura del arrendamiento de servicios, en la que se dan las características de voluntariedad, remuneración y dependencia, que se dicen típicas del contrato de trabajo, concurriendo también en ella la circunstancia de efectuarse la prestación del servicio o trabajo por cuenta ajena".

b. la separación entre contrato de trabajo y arrendamiento de servicios civil no se encuentra en la existencia o no de aquellas notas o características, sino en "imperativos notorios de la realidad social".

Caso parecido al del personal de alta dirección ha ocurrido con el trabajo de servicio doméstico, excluido de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (artículo 2 c.) y, después calificado como relación laboral de carácter especial por la Ley de Relaciones Laborales (artículo 3.1.a) y el Estatuto de los Trabajadores (artículo 2.1.b); tipo de trabajo considerado, casi unánimemente ((72)), por la doctrina como dependiente y por cuenta ajena y, por tanto, objeto de un contrato de trabajo.

De donde se desprende, por tanto, que la distinción entre contrato de trabajo y arrendamiento de servicios regulado por el Código Civil, sea

borrosa, de fronteras imprecisas; en definitiva, artificiosa y mudante en el tiempo. Sólo basta una mirada retrospectiva y comparar las relaciones que ayer estaban incluidas en el arrendamiento de servicios civil y hoy están reguladas por la legislación laboral para concluir que aquel contrato ha perdido "funcionalidad jurídica en nuestro Ordenamiento" (73), aun cuando sea posible hablar de un "retorno discreto del arrendamiento de servicios" (74) frente al contrato de trabajo.

Retorno jurisprudencial que puede percibirse (entre otros) principalmente en el trabajo de los profesionales liberales (médicos, abogados...), que tienen su propia organización al servicio de una clientela; ahora bien, los criterios de delimitación entre contratación civil y contratación laboral de servicios profesionales, basados en el principal de ausencia o presencia de la nota de dependencia (75), son tan imprecisos (76) que no permiten afirmar, a nuestro juicio, que estemos en la fase final de la evolución jurisprudencial.

D.2. Contrato de trabajo y mandato

En el estudio de la naturaleza jurídica de la relación que media entre el personal directivo y el empresario adquiere especial importancia, junto al

arrendamiento de servicios, la figura del MANDATO. Y ello, no hay que olvidarlo y por lo que aquí interesa, ya que ambos contratos (el de trabajo y el de mandato) tienen en común el ser contratos de gestión de los intereses de otro.

Si a ello añadimos que la gestión de asuntos ajenos, realizada en virtud de un contrato de trabajo, de mandato y, también de arrendamiento de servicios, puede dar lugar a una necesaria relación con terceros, el bloque de la confusión puede quedar cerrado. En efecto, aparece en estos casos la figura de la representación yuxtapuesta a esas relaciones jurídicas previas.

Conviene precisar que esta confusión no es tanto doctrinal (aunque algún autor actual la mantenga, como más adelante expondremos) y jurisprudencial, como legal. Tanto la doctrina (civil, mercantil y laboral) como la jurisprudencia diferenciaron claramente mandato y contrato de trabajo, desde una perspectiva genérica y desde el supuesto concreto de la figura del personal directivo. La confusión se produjo por las legislaciones civil y mercantil, por un lado; y, por otro e influida por aquéllas, en la legislación laboral.

D.2.1. Confusión legal.

Por un lado, el **Código Civil** parece identificar mandato y representación directa (actuación en nombre y por cuenta de otro); así, por ejemplo, en cuanto a la responsabilidad del mandatario frente a terceros cuando traspasa los límites del mandato (artículo 1725) o eficacia de la revocación del mandato frente a terceros (artículo 1734) (77).

En definitiva, lo que se pretende poner de manifiesto es que en los preceptos del Código Civil dedicados a la regulación del mandato se ha establecido, a su vez, la disciplina normativa típica de la relación representativa; y ésto, unido a "la falta en nuestro sistema de Derecho positivo de una disciplina normativa específica y autónoma para la relación representativa", ha ocasionado que la doctrina civilista entienda aplicable a esta relación (aun cuando admitan el deslinde entre ambas figuras) el esquema legal del mandato (78).

La confusión legal también se reproduce en la normativa mercantil; en efecto, en el **Código de Comercio** los denominados doctrinalmente "auxiliares dependientes del comerciante" (79) y dotados de representación (Factores, Dependientes y Mancebos) se califican como mandatarios.

El Código del Comercio de Sainz de Andino (aprobado por R.D. de 3 de junio de 1829), dedicaba la Sección 3ª, del Título III, del Libro Primero

(artículos 173 a 202) a "los factores y mancebos de comercio"; y, si bien diferenciaba a éstos de los comisionistas (a quienes dedicaba la Sección 2ª), es decir, regulaba separadamente de los mismos el mandato mercantil, aludía constantemente en la Secc.3ª al "comitente" (arts.176, 177, 178, 179, 180, 181, 182...) y consideraba que el factor realiza actos por cuenta y en nombre del comitente (arts.174, 176, 180) en virtud de un poder (art.174).

El Código de Comercio de 1885 (aprobado por R.D. de 22 de agosto), Libro II, Título III, Sección 2ª (arts.281-302), bajo la rúbrica "De otras figuras del mandato mercantil. Factores, dependientes y mancebos", regula un doble aspecto de la relación jurídica que une al principal con los denominados, genericamente, por la doctrina "auxiliares dependientes del comerciante"; a saber, aspecto interno de esa relación y aspecto externo o actuación de esos auxiliares frente a terceros por cuenta y en nombre del comerciante.

A ello hay que añadir que esa Sección 2ª está incluida en el Título III: "De la comisión mercantil"; con lo que, en definitiva, si la comisión no es más que el mandato mercantil (80), por cuanto ambos contratos son idénticos en su contenido, es posible concluir a la vista de la regulación legal que los "auxiliares del comerciantes" son mandatarios

mercantiles (81). Es decir, que la relación jurídica que los une con el principal no es un contrato de trabajo, sino un mandato.

Pero ello no es totalmente exacto conceptualmente aunque pueda serlo desde el punto de vista terminológico; y es que la regulación legal permite ir más lejos. En efecto, calificados los auxiliares del comerciante como mandatarios, en realidad el Código de Comercio (artículo 281) los equipara a apoderados, generales (en el caso del Factor) y singulares (en el caso de Dependientes y Mancebos), confundiendo (82) la relación interna entre el auxiliar y el empresario con su posible poder de representación (es decir, con la actuación externa en nombre y por cuenta del principal).

La influencia de esa regulación en la posterior evolución legislativa laboral es clara; tanto el C.de Co. de 1829 (artículo 187) como el actual de 1885 asimilan el Gerente de empresa o "establecimiento fabril o comercial" al Factor. En expresión del vigente artículo 283 del C.de co.: "El gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial, por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario, tendrá el concepto legal de factor, y le serán aplicables las disposiciones contenidas en

esta sección"; el Gerente de Empresa es, pues, un apoderado general o mandatario general (expresiones, ambas, sinónimas para el legislador mercantil).

Y este Gerente de Empresa o Factor mercantil será el que aparezca excluido de la legislación laboral, del ámbito del Derecho del Trabajo, por entender que no es un trabajador dependiente y, como tal, sujeto de un contrato distinto al de trabajo.

Así es; en la evolución **legislativa laboral** se percibe una clara asimilación del personal directivo a los auxiliares dependientes del comerciante, calificándoles, indirectamente, como mandatarios.

- El Proyecto de Ley de 14 de noviembre de 1919 (Proyecto BURGOS y MAZO) distinguía varias clases de contrato de trabajo; entre ellas, aparecía el contrato de empleo (Capítulo II), que se refería a la prestación de trabajo intelectual (art.42) y definía al "empleado" (art.43) como aquella persona que se "dedica habitualmente a la prestación del trabajo en funciones mercantiles y sus análogas". Entre dichas funciones, el Proyecto señalaba la comisión de comercio (es decir, el mandato mercantil, art.48) y el apoderamiento mercantil (confundido, de nuevo, con el mandato, ya que se hace consustancial al mismo la existencia de "mandatarios generales o singulares que hagan el tráfico en nombre del comerciante y por su cuenta, en todo o en parte, o para que lo auxilien en

él"; art.55).

El Código de Trabajo de 1926 (de 23 de agosto), en su Libro IV ("De los Tribunales industriales") recogía, como excepción del concepto de obrero (y, por tanto, excluidos del Código) a "Directores y Gerentes de Empresas y, en general, los Apoderados Generales o factores mercantiles, con arreglo al C.de Co." (art.427). Se asimilaba, así, por la legislación laboral el Gerente y Director al Factor, calificando a éste último como Apoderado General.

La Ley de Contrato de Trabajo de 1931 (art.7º) excluía de la legislación laboral a los Directores, Gerentes y altos funcionarios de las empresas porque se entendían independientes en su trabajo, entre otras causas, "por la representación que puedan ostentar" de las empresas donde trabajan, es decir, porque pueden realizar actos en nombre y por cuenta del empresario. Se hace consustancial a la figura del Gerente y Director la existencia de facultades representativas, al igual que se prevé por la legislación mercantil para los auxiliares dependientes del comerciante.

Esta confusión legal obliga a delimitar, por un lado, Mandato y Representación; por otro, Mandato y Contrato de Trabajo.

D.2.2.Mandato y relación representativa

Aunque la legislación arriba expuesta identifica mandato y representación, la duda es, precisamente, si todo mandato es representativo o si, por el contrario, hay mandato sin representación.

Por mandato se puede entender aquel contrato bilateral "por el cual una persona (mandante) hace a otra (mandatario) el encargo, que ésta acepta y se obliga a ejecutar, de sustituirle en el ejercicio de una determinada actividad" (83); es decir, el mandatario presta una actividad de gestión de intereses ajenos o, en expresión legal (artículo 1709 del Código Civil), presta un servicio "por cuenta o encargo" de otra persona.

Es posible que el trabajo o servicio del mandatario consista en una "actividad de cooperación externa" (84), desarrollando su trabajo, siempre por cuenta del mandante, frente a terceros. Pero aún en este supuesto, y esta es la característica principal del mandato frente a la representación, los efectos del mandato no trascienden jurídicamente a esos terceros, con los que se relaciona el mandatario; se trata de una relación jurídica interna entre mandante y mandatario, a la que es ajena el tercero.

Por el contrario, la representación voluntaria tiene su origen en un negocio jurídico unilateral, por el que el representante actúa en nombre y por cuenta del representado y cuyos efectos jurídicos se producen en la relación externa del representante frente a terceros, atribuyendo directamente al representado los efectos del acto celebrado por el representante. De ahí que haya de distinguirse la representación de la "estipulación causal que lo acompaña o puede acompañarlo" (85), es decir, de la posible relación jurídica previa e interna que puede existir entre el representado y el representante, de la que la representación es independiente.

Ahora bien esa posible relación jurídica no tiene porqué ser necesariamente (aunque puede ser) un mandato; puede tratarse de una relación de otra naturaleza jurídica (arrendamiento de servicios civil, contrato de trabajo...). Es posible, pues que exista representación sin que la relación jurídica originante de la misma sea un mandato.

Y, en sentido inverso, al mandato no es consustancial la representación, o, lo que es lo mismo, puede existir mandato sin representación, aunque se afirme que aquél es la fuente normal de ésta y aunque en la actualidad algún autor siga manteniendo que "lo propio del mandato, civil o mercantil, es la dación de poder, en la forma que sea, al mandatario para la gestión de negocios en relación con bienes del

mandante" (86).

Es precisamente en esta cuestión donde se plantea el arduo problema doctrinal de la delimitación entre mandato y representación porque, si bien la doctrina ((87) y la jurisprudencia (88) han diferenciado genéricamente uno y otra, la cuestión es precisamente determinar el elemento concreto de esa diferenciación o, dicho de otra forma, determinar cuando existe mandato sin representación.

Y en este sentido, puede afirmarse que las posiciones doctrinales al respecto son básicamente dos. Una, conforme a la cual, y admitiendo que a través del mandato puede desarrollarse una actividad de cooperación externa relacionándose el mandatario con terceros, la diferencia con la representación está en nombre de quien se actúe (89): actuación en nombre propio en el mandato, actuación en nombre ajeno en la representación. Para esta posición doctrinal, pues, la denominada representación indirecta no es auténtica representación, sino un supuesto de mandato (mandato sin representación), conforme al artículo 1717 del Código Civil.

Por el contrario, existe otra posición doctrinal ((90) para la que la diferencia entre mandato y representación no se encuentra en el elemento del nombre en quien se actúe. La diferencia es previa y consiste en negar que a través del mandato puedan realizarse actos de cooperación externa frente a

terceros; de este modo, cualquier actuación frente a terceros (ya sea en nombre propio o en nombre ajeno) entra en el ámbito de la representación. Para esta posición la denominada representación indirecta o mediata es auténtica representación; y legalmente se apoya en el artículo 1717 del Código Civil y, también, en el artículo 246 del Código de comercio. Y es que para esta posición, no hay que olvidarlo, a la relación representativa ha de aplicarse la disciplina normativa del mandato y, en consecuencia, es fácil concluir que el precepto legal citado recoge el supuesto de la representación indirecta (actuación del mandatario -representante- en su propio nombre).

A nuestro juicio, una cosa es que a falta en nuestro sistema de Derecho positivo de una disciplina normativa específica y autónoma de la representación, deba aplicarse a esta relación el esquema legal del mandato y otra que el mandato exista únicamente cuando la gestión encomendada por el mandante al mandatario no exija relación con terceras personas; nada indica que ese sea el contenido específico del mandato, si atendemos a la definición legal amplísima propuesta en el artículo 1709 del Código Civil: "por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra".

Admitida la no esencialidad de la representación

al mandato, es pues posible que exista un contrato de trabajo al que acompañe un poder de representación (ya sea una representación directa o, si se admite, una representación indirecta) sin que por eso varíe la naturaleza jurídica de la relación laboral subyacente a esa representación (91); o, dicho de otra forma y desde el punto de vista que nos interesa, sin que se produzca la novación contractual de la relación interna en un mandato, aun cuando haya que aplicar a esa relación representativa ligada al contrato de trabajo las previsiones legales del mandato civil o mercantil.

Por eso, si bien se hace consustancial a la figura del auxiliar dependiente del comerciante la existencia de un poder de representación (92), se advierte por la doctrina la separación entre el mismo y el mandato (a pesar de la confusión por la legislación mercantil); y, de ahí que, calificado el Factor como apoderado general (frente al dependiente y mancebos, apoderados singulares), al que se asimila la figura del Gerente y Director por la legislación y jurisprudencia (93), se niegue por la generalidad de la doctrina que la relación jurídica interna que le une con el comerciante tenga la naturaleza jurídica de mandato.

Desde una perspectiva general, tanto la doctrina como la jurisprudencia han afirmado que las características, finalidades, derechos y obligaciones del mandato son diferentes de las propias de una relación laboral. Y, en este sentido, se han ido perfilando los elementos o características (94) esenciales en virtud de los cuales sea posible delimitar ambos tipos de contratos.

Así se ha afirmado que la retribución es una de esas notas diferenciadoras, pues el mandato se supone gratuito salvo pacto en contrario (artículo 1711 del Código Civil), mientras en el contrato de trabajo la remuneración es elemento básico (artículo 1º.1 del Estatuto de los Trabajadores).

Pero ésta no es hoy nota determinante de la diferenciación por dos motivos. En primer lugar, como ha afirmado la jurisprudencia actual, "aunque el mandato se supone gratuito, ello es a falta de pacto contrario, presuponiéndose, incluso, la obligación de retribuirlo si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, según preceptúa el artículo 1711 del Código Civil" ((95); en segundo lugar, porque el mandato mercantil o comisión se presume remunerado o retribuido, conforme a lo establecido en el artículo 277 del Código de Comercio.

Otro elemento diferenciador ha sido la

revocación, entendiéndose que el mandato puede revocarse y acabarse unilateralmente por voluntad del mandante (artículo 1733 del Código Civil), y en el contrato de trabajo existe la igualdad de derechos recisorios.

Si con ello quiere referirse la jurisprudencia a que en el contrato de trabajo es necesaria justa causa para que el empresario pueda extinguir el contrato de trabajo, no puede hoy admitirse que la revocación sea elemento diferenciador entre este contrato y el de mandato; y es que existen contratos de trabajo en los que se admite el desistimiento unilateral por parte del empresario. Así, en el servicio de hogar familiar (artículos 9º.11 y 10.2 del R.D.1424/1985, de 1 de agosto) y en el personal de alta dirección (artículo 11.1. del R.D.1382/1985, de 1 de agosto).

Otro posible elemento diferenciador es la sustitución; entendiendo esta nota en un doble sentido. Por un lado, que el mandatario puede nombrar sustituto, si el mandatario no se lo prohíbe (artículo 1721 del Código civil), sustitución no admisible en el contrato de trabajo, ya que sería incompatible con el carácter personalísimo de la prestación del trabajador (96).

Por otro, cabe entender el elemento de la sustitución desde la causa o finalidad específica del

contrato. De este modo, se entendería que la causa del mandato es la sustitución del mandante por el mandatario, quien obra en lugar de aquél, haciendo sus veces; mientras la causa del contrato de trabajo hay que buscarla en la cesión de unos frutos por el trabajador al empresario, que se produce a través de una actividad o prestación de un servicio personalísima y estable a cambio de una remuneración (97).

Se ha hablado también como posible elemento diferenciador de la naturaleza de los actos realizados en virtud de uno y otro tipo de contrato. Pero no existe una posición unánime en la doctrina en cuanto al tipo de actos (actos jurídicos, negocios jurídicos, asuntos de todo tipo) que pueden ser objeto de estos contratos; las posiciones varían desde aquellos autores que estiman que el objeto del mandato puede "consistir no sólo en la realización de negocios jurídicos, sino también de actos de otra índole", aunque se reconozca que es en la gestión de negocios jurídicos donde el mandato juega su papel más importante (98). Hasta aquellos que opinan que el mandato, frente al contrato de trabajo, es un tipo "de contrato pensado básicamente para la realización de negocios jurídicos ajenos" (99); pasando por aquéllos para quienes el objeto del mandato es la realización de actos jurídicos, "sin necesidad que

los mismos revistan la naturaleza específica de negocios jurídicos" (100).

Si estas son las posiciones doctrinales existentes, conviene advertir, a nuestro juicio, que en la actualidad poca virtualidad práctica tiene tal distinción debido a la ampliación subjetiva y objetiva del Derecho del Trabajo; admitida la existencia de trabajadores que, por la índole de su trabajo, han de obrar jurídicamente por cuenta del empresario (ejercitar acciones, contratar, enajenar...) realizando actos de cooperación externa, la diferencia entre contrato de trabajo y mandato hay que buscarla, no en la naturaleza de los actos realizados, sino en el modo de realizar esa actividad. Y ésto nos permite enlazar con la cuestión central, desde el punto de vista de los elementos diferenciadores entre contrato de trabajo y mandato, de la calificación jurídica del contrato que une al alto cargo o personal directivo en sentido amplio con el empresario.

En este sentido, hay que afirmar que no se utiliza, como posible nota delimitadora, el criterio o elemento de la representación, entendiéndose, pues, que la misma puede darse (como no darse) en el contrato de trabajo y en el mandato, al que no es consustancial el poder de representación, como ya se ha advertido.

Si, desde esta perspectiva, descendemos ahora al supuesto concreto de los "auxiliares dependientes del comerciante", conviene advertir que en los mismos existen dos tipos de relaciones :

- relación interna entre el auxiliar (sea apoderado general -Factor- o sea apoderado singular-Dependiente y Mancebo) y el comerciante.
- relación externa frente a terceros; es decir, una relación de representación.

Pero, si bien se estima que el poder o representación en una de las notas que caracterizan a la figura de los auxiliares, a la misma se unen por la generalidad de la doctrina mercantil (101) otras dos: estabilidad o permanencia en la empresa y subordinación o dependencia; de tal forma que, a su entender, sólo un tipo de contrato (el de trabajo) explica la actividad estable y subordinada (102) que aquéllos realizan. Por tanto, la representación no convierte la relación jurídica interna y previa entre auxiliar y comerciante en un mandato.

La influencia de esta doctrina es decisiva; tanto la legislación (Ley de Contrato de Trabajo de 1931) como la jurisprudencia laborales coincidirán en afirmar que el poder de representación es elemento esencial en los cargos de Gerente, Director o, en sentido amplio, personal directivo. Pero, así como se deduce de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 el carácter independiente de estos cargos y, por tanto,

su exclusión de la legislación laboral, del elemento de la representación, la jurisprudencia no utiliza dicha nota para demostrar la independencia en el trabajo prestado por el personal directivo.

Aún así, y en clara contradicción con la doctrina mercantilista (que había reclamado para los auxiliares del comerciante la figura contractual que, según la propia jurisprudencia, exigía como elemento fundamental, la dependencia: el contrato de trabajo); aún así, decíamos, se intenta demostrar el carácter independiente de estos cargos, asimilados, legal y jurisprudencialmente, al Factor mercantil. Para ello se recurre a los indicios técnico y económico de la dependencia y, desde esta perspectiva es fácil para la jurisprudencia una doble conclusión: primero, que el elemento fundamental de distinción entre contrato de trabajo y mandato está en la Dependencia (103); segundo, que el alto cargo (independiente en su trabajo), asimilado legalmente al factor, puede ser un mandatario mercantil.

Frente a esta construcción jurisprudencial reacciona la doctrina laboral (a la que dedicaremos especial atención en otra parte del estudio); es opinión generalizada que el poder de representación que puedan ostentar los trabajadores directivos en nada debe empañar la auténtica naturaleza del trabajo que los mismos prestan (trabajo dependiente y/o por

cuenta ajena) o, en otras palabras, que el trabajador directivo puede ser (y lo es normalmente) "un mandatario con representación del empresario, en virtud de un contrato específico de mandato representativo que se superpone al de trabajo y coexiste con él" (104) y ello porque normalmente el alto directivo lleva a cabo la gestión de negocios (entendidos en el sentido amplio de asuntos) del empresario por cuenta del que trabaja; es decir, actos de colaboración externa, en los que sustituye frente a terceros a su empresario y en los que ostenta la representación del mismo a efectos de perfilar su responsabilidad (de ahí que la doctrina civilista denomine al mandatario como "alter ego") frente a esos terceros. Aún así existe algún autor (105) que, en la actualidad, enlaza mandato-representación-personal directivo, y para quien, siendo esencial al mandato y a la función del personal directivo la dación y tenencia de poderes, concluye que los mismos "son mandatarios de las empresas para las que trabajan", puesto que son independientes de su trabajo, debido, precisamente, a esos poderes que detenta.

Ahora bien, conviene advertir que aún abandonada la idea que al mandato es consustancial el poder de representación y que éste sea el criterio delimitador entre contrato de trabajo y mandato en la

configuración de la relación jurídica que une a auxiliar y comerciante, por un lado, y, por otro, a personal directivo y empresario, la influencia de la legislación mercantil es decisiva en la evolución posterior de la doctrina y jurisprudencial laborales en los que se refiere al concepto de personal directivo: el criterio representativo, unido al elemento funcional dentro de la empresa, se mantendrá como dato fundamental en la delimitación de dicha figura. Y, es más, la identificación por el Código de Trabajo de 1926 y L.C.T. de 1931 de Gerente y Factor o apoderado general (106), es decir el auxiliar dependiente en su grado más alto, influirá de tal manera en la jurisprudencia laboral a la hora de delimitar conceptualmente la figura del alto cargo, que terminará por generalizarse el término "alter ego" del empresario para calificarlo.

III. INCLUSION LEGAL DEL PERSONAL DIRECTIVO: LA TECNICA DE LAS RELACIONES LABORALES DE CARACTER ESPECIAL

La Ley de Relaciones Laborales y el Estatuto de los Trabajadores, la una indirectamente, el otro directamente, son las fases de una importante evolución legislativa respecto a los elementos o notas caracterizadoras del ámbito objetivo del Derecho del Trabajo y en relación a la delimitación de su ámbito subjetivo.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, ambas leyes parecen admitir el concepto o criterio flexible de dependencia laboral, elaborado por la jurisprudencia de la, que hemos denominado en páginas anteriores, segunda etapa, influida, a su vez, por la doctrina científica.

Y, en lo que respecta al ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo, frente a los precedentes normativos de estas leyes, aparece el personal de alta

dirección incluido en la legislación laboral, al menos nominalmente, si bien como sujeto de una "relación laboral de carácter especial" (artículo 3º,1,k, de la Ley de Relaciones Laborales y artículo 2º.1.a del Estatuto de los Trabajadores).

El problema que se va a tratar de resolver en esta parte del estudio es precisamente si estos aspectos están íntimamente relacionados o si, por el contrario, son realidades independientes y autónomas la una de la otra. O, dicho de otra forma, analizar si la inclusión del personal de alta dirección en la legislación laboral es consecuencia de la recepción legal del concepto "flexibilizado" de dependencia.

A.HACIA UNA FLEXIBILIZACION LEGAL DEL CONCEPTO DE DEPENDENCIA. REVISION

Recordemos que las dos etapas de la evolución jurisprudencial estudiadas en los apartados anteriores se correspondían con un concepto diferente de la nota de dependencia, influyendo en la situación del personal directivo en sentido amplio. En la primera etapa se adoptó un criterio muy estricto de dependencia, que supuso la exclusión de la legislación laboral de un amplio abanico de sujetos incluidos en la denominación de personal directivo:

desde aquéllos cuya prestación laboral consistía en la dirección u organización del trabajo en toda la empresa, hasta los que ejercían ese trabajo en sectores o ámbitos concretos de la actividad de la misma o en delimitadas zonas geográficas, es decir, los denominados por la jurisprudencia directores técnicos, dotados de una elevada cualificación o preparación teórico-práctica profesional y con elevada remuneración.

Por el contrario, la segunda etapa, de "flexibilización" o atenuación del criterio de la dependencia desde el punto de vista jurídico, obliga a distinguir dentro del término personal directivo dos subgrupos:

a. Personal de alta dirección, alto gobierno o alto consejo (en la terminología del artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944), que, conforme a la regulación legal, se interpreta por la jurisprudencia que en el mismo falta la nota, aún atenuada ahora, de la dependencia; o, al menos, no existe una clara voluntad jurisprudencial de inclusión en el ámbito personal del Derecho del Trabajo, interpretando decididamente ese precepto legal en términos de excepción (107).

b. Personal directivo, que, en contraposición al subgrupo anterior, podemos denominar "no alto" o trabajadores de alta técnica o directores técnicos, que, a diferencia del anterior, forman un subgrupo

cuantitativamente más numeroso, que comprende una gama amplísima de trabajadores directivos (Director de Fabricación, Director de Personal, Jefe de Ventas, Director de Sucursal...), que se entiende incluido en la legislación laboral, como sujeto del Derecho del Trabajo, utilizando como criterio justificativo de tal inclusión, precisamente, la tendencia flexibilizadora de la nota de dependencia (108).

A.1.Alcance de la "flexibilización" de la dependencia

La afirmación que la nota de dependencia ha sido "flexibilizada" o "atenuada" no es suficiente; requiere un intento de delimitación del significado o alcance que se ha pretendido otorgar a esa flexibilización.

En primer lugar, y con carácter general, en relación con las acepciones típicas del concepto de dependencia, se abandonaron las mismas, atribuyendo a esa nota un contenido jurídico alejado de una subordinación rigurosa (técnica y económica) del trabajador al empresario.

En segundo lugar, y descendiendo al supuesto de la ampliación subjetiva del Derecho del Trabajo hacia

sujetos hasta ese momento excluidos de la legislación laboral, la flexibilización del concepto de dependencia en relación con el personal directivo sólo puede ser entendida correctamente, si, atendiendo a los subgrupos a que hacíamos referencia, distinguimos las dos posibles acepciones que el término "alta técnica" encierra para la jurisprudencia. En primer lugar, alta técnica como sinónimo de alta o elevada especialización o cualificación profesional.

Y, en segundo lugar, en el sentido de función concretada en la dirección técnica, por muy alta o especializada que fuese (109), frente a la alta dirección, alto gobierno, alto consejo o alta gestión, en la terminología adoptada por el legislador (artículos 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, 3º.1.k de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y 2º.2.a. del Estatuto de los Trabajadores de 1980).

Pues bien, la tendencia flexibilizadora de la segunda etapa jurisprudencial explicó razonablemente la inclusión en el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo de los trabajadores de alta cualificación (primer sentido de alta técnica), frente a uno de los criterios de independencia del personal a que se refería el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y una vez abandonadas las acepciones técnica y económica de la nota de dependencia; pero no aclaró por qué faltaba esa nota flexibilizada en

el personal de alta dirección, alto gobierno o alto consejo y por qué existía, aunque atenuada, en el trabajo de dirección técnica (segundo sentido de la expresión alta técnica). La Jurisprudencia se limitaba a distinguir estos dos subgrupos, obligada por la regulación legal, y, lejos de afirmar la contradicción legal, interpretando el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 en términos de excepción, no de exclusión, intentó buscar en la propia tendencia flexibilizadora de la dependencia la justificación a la misma, sin conseguirlo.

Ahora bien, a nuestro juicio, no se puede combatir esta construcción jurisprudencial simplemente manteniendo la teoría doctrinal (110) bastante generalizada, según la cual la nota de dependencia es una cuestión de grado, presente en todas las relaciones laborales, aun cuando se manifieste con intensidad diferente. En efecto: desde el punto de vista de la capacidad técnica, es decir, de la cualificación, puede entenderse que los trabajadores de elevada preparación profesional, que realizan trabajos más cualificados que el nivel medio de los trabajadores y que estén, en la mayoría de los casos, más preparados que el propio empresario, decimos que puede entenderse que el grado de dependencia en la ejecución de ese trabajo era menor que en un trabajo de menor cualificación, más alejado de la actividad principal de la empresa y, sobre todo, de los

objetivos generales de la misma. Ahora bien, desde el punto de vista de competencia funcional, prevista ya en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 ("la índole de su labor", que mencionaba su artículo 7º) y a la que se refería exclusivamente la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, es decir, de la dirección técnica, de la organización del trabajo en el seno de la empresa, este tipo de trabajadores podían no estar sometidos a órdenes concretas del empresario en cuanto al tiempo, lugar, modo de ejecución de su trabajo, pero sí ligados en mayor intensidad a las instrucciones y directrices del empresario en cuanto su trabajo está más cerca de los objetivos a cumplir por la empresa (111). Por eso, si mantenemos la distinción funcional, como hace la jurisprudencia, de los dos subgrupos directivos, uno incluido en la legislación laboral, otro excluido, la dependencia del personal de alta dirección sería, a nuestro juicio, de mayor intensidad que la del directivo técnico e, incluso, se podría afirmar que en el trabajo directivo, en general, existían elementos de subordinación jurídica más intensos muchas veces que en el trabajo no directivo (ALONSO OLEA).

Lo expuesto permite concluir con dos observaciones críticas a esta elaboración jurisprudencial; a saber, primera, no existe durante esta etapa legislativa una explicación satisfactoria sobre la no aplicación de la nota de dependencia "flexibilizada" al trabajo o

servicio prestado por el personal de alta dirección. Y, segunda, desde el aspecto funcional, al que se aferró la jurisprudencia en la interpretación del artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, no se entiende que no se mantuviera abiertamente que el personal de alta dirección era un trabajador dependiente, entendiendo esta nota como cuestión de grado o intensidad.

Estas observaciones permiten enlazar con la que podemos denominar tercera fase de la evolución en la tendencia flexibilizadora de la nota de dependencia. Y es que la espiritualización o "flexibilización" jurisprudencial del concepto de dependencia (112) no impide que el legislador actual y los propios tribunales sigan considerándola, junto a la ajenidad, voluntariedad y remuneración, elemento o requisito esencial (113) de las relaciones laborales. Pero, mientras la Ley de Relaciones Laborales de 1976 se limitaba a mencionar esa nota (114), sin definir qué hubiese de entenderse por ella, el Estatuto de los Trabajadores de 1980 parece aceptar expresamente esta doctrina jurisprudencial, definiendo en su artículo 1º la dependencia como "estar dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario" (115). Por eso, podría decirse que la tendencia flexibilizadora de ese requisito

alcanza, por fín, su reconocimiento legal; tanto más cuanto que, se añadiría, es de la recepción por el legislador de esa doctrina jurisprudencial de donde deriva, parece, la inclusión de ciertos trabajos, hasta ahora excluidos de las normas laborales (así, trabajo de alta dirección, al expresamente se reconoce, frente a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, el carácter laboral).

Ahora bien, para esta posible interpretación existe un elemento que impide una conclusión tan clara. Así como la etapa jurisprudencial, denominada flexibilizadora, concordaba con la legislación que excluía al personal de alta dirección, no se ve con claridad que el concepto legal flexible de dependencia, que se quiere mantener como elemento esencial, justifique la inclusión de dichos trabajadores en la legislación laboral. Por tanto, la cuestión es si actualmente ha de entenderse de diferente forma la flexibilización de la dependencia o si, manteniendo el mismo criterio, existe otra justificación para esa nueva previsión legal; y, como consecuencia, hay que plantearse si la dependencia es, o sigue siendo, elemento esencial de las relaciones laborales, como la legislación laboral parece declarar.

Para buscar una solución a las cuestiones plantea-

das, creemos necesario intentar varias posibles interpretaciones del artículo 1º.1 del Estatuto de los Trabajadores y, más concretamente, de la expresión "estar dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona".

A.1.1. Interpretación del artículo 1º.1 del Estatuto de los Trabajadores

Enlazando inmediatamente con la ideas expuestas más arriba, y como primera interpretación, podría afirmarse que esa expresión legal encierra un significado doble; por un lado, la calificación de la nota de dependencia como elemento o requisito esencial de las relaciones laborales, junto a la ajenidad. Por otro, y unido al anterior, que es la definición legal de la noción o acepción "flexible" de dependencia; tanto más cuanto que, el concepto jurisprudencial de "hallarse comprendido en el círculo rector, disciplinario y organizativo del empresario" se enlaza directamente por las sentencias actuales con dicha expresión legal del artículo 1º del Estatuto de los Trabajadores (116).

Pero sólo es parcialmente exacto decir que tal precepto legal se limita a recoger el nuevo sentido jurisprudencial de dependencia. Esta interpretación, aunque posible, es insuficiente para justificar la

inclusión del personal de alta dirección en la legislación laboral; es insuficiente porque, manteniéndose en la actualidad el concepto de dependencia tal como fue elaborado por la jurisprudencia anterior, inspirada, a su vez, en la doctrina científica, la inclusión ahora (como antes la exclusión o, mejor dicho, la excepción legal) poco o nada tiene que ver con la dependencia/independencia de este tipo de trabajadores. Si en la actualidad se incluye el personal de alta dirección en el Derecho del Trabajo, sin que haya cambiado el concepto jurisprudencial de dependencia, queda claro que ésta ni es, ni ha sido (aunque el legislador se haya empeñado en ello y, paralelamente, la jurisprudencia) elemento o rasgo definitorio del concepto de trabajador; solamente ha servido para justificar, o al menos intentarlo, las exclusiones legales.

Podemos, pues, concluir que, admitiendo que la expresión del artículo 1º.1. del Estatuto de los Trabajadores supone la recepción legal de la flexibilización jurisprudencial de la nota de dependencia, ésta no es la razón de la inclusión actual del personal de alta dirección en la legislación laboral; y, más aún, desde un plano general, se puede decir que esa nota no es la utilizada para ampliar el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. Téngase en cuenta que aquí ahora no nos preocupa el calificativo

de relación especial de trabajo, sino, precisamente, de relación laboral del personal de alta dirección: una cosa es que se califique de relación laboral (lo que está en relación con los requisitos esenciales de la relación laboral), y otra, que se califique de especial (qué ya veremos porqué).

Y es que, enlazando con los dos sentidos de alta técnica, si intentásemos justificar la inclusión del personal de alta dirección exclusivamente en la nota atenuada de la dependencia, incurriríamos en la siguiente contradicción: la elevada cualificación profesional de este tipo de trabajadores convertiría a los mismos en el máximo exponente de esta tendencia, mientras, atendiendo a su competencia funcional en la organización empresarial, la subordinación jurídica de éste al empresario estaría revitalizada frente al resto de los trabajadores, más alejados de los objetivos o actividad central de la empresa en la que trabajan.

Es inevitable, pues, intentar buscar otro posible significado de la expresión "ámbito de organización y dirección" del artículo 1º1 del Estatuto de los Trabajadores.

Puede interpretarse en el sentido de reconocimiento legal (117) del poder de mando, disposición u ordenación de las prestaciones laborales, que el Ordenamiento jurídico-laboral otorga al empresario,

como sujeto al que se ceden los frutos del trabajo y titular de una organización de trabajo, denominada empresa en sentido jurídico-laboral. Se haría así mención con dicha expresión legal aun doble aspecto de ese poder de dirección. A saber, en su aspecto activo, siempre que se entienda por poder de dirección del empresario, en la definición formulada por **MONTOYA MELGAR**, como "el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa" (118); y, a su aspecto pasivo (llámese dependencia, sometimiento, subordinación...), al correlato (119), en definitiva, de dicho poder.

Pero, admitiendo que dicho precepto legal pone en relación dependencia /poder de dirección del empresario (aspectos pasivo y activo de una misma realidad), tenemos que concluir reconociendo con nuestra mejor doctrina que, así como tal poder no es consustancial a las relaciones laborales (120), la dependencia tampoco lo es.

Cabe, pues, una tercera interpretación del artículo 1º.1 del Estatuto de los Trabajadores. La fórmula legal, "ámbito de organización y dirección", puede también entenderse (121) en el sentido de ámbito, entidad, marco o círculo donde se

desarrollan una pluralidad de prestaciones laborales por cuenta ajena, organizadas por el empresario "para la consecución de un fin técnico laboral" (122) por él propuesto. Se entendería así la empresa desde un punto de vista jurídico-laboral, como entidad organizada de trabajo (123)

Si las expuestas pueden admitirse como posibles interpretaciones de la expresión, sólo las dos últimas (reconocimiento legal del poder de dirección y del círculo organicista donde se prestan servicios retribuidos), más que el contradictorio de la flexibilización de la dependencia, pueden justificar la inclusión, reivindicada por la mayoría de la doctrina muchos años antes, del personal de alta dirección en el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. Así, desde el poder de dirección, la referencia del precepto legal al empresario persona jurídica, indirectamente alude a los sujetos que, dentro de la organización empresarial, ejercen tal poder, o, lo que es lo mismo, a los sujetos que desarrollan un tipo de prestación laboral muy específico: dirigir la actividad económicolaboral en la empresa; labor que corresponde al empresario, pero que, voluntaria (cuando es persona física) o necesariamente (cuando es persona jurídica), atribuye su ejercicio a otros sujetos, trabajadores por cuenta ajena.

Y, enlazando ese poder de dirección con el criterio del círculo organicista, puede afirmarse que el factor esencial de la existencia de la entidad organizada, que es la empresa, es ese poder de dirección u ordenación de las prestaciones laborales en el seno de la empresa (lo que la doctrina denomina poder de organización), cuyo ejercicio está en estrecha relación con el elemento jerárquico, que caracteriza la empresa laboral y que cabe entender en un doble sentido:

.sentido vertical- conforme al cual el poder de organización de las prestaciones laborales en la empresa, cuyo titular originario es el propio empresario, se ejercita a través de un sistema de delegaciones de poder.

.sentido horizontal- que se manifiesta "según las competencias que en materia económica o laboral se atribuyen a los sujetos u órganos que ostentan el poder directivo en la empresa o unidades productivas de ésta" (124).

La conjunción de ese doble aspecto estructural del ejercicio del poder de dirección en la empresa determina la existencia del que podemos denominar trabajador por cuenta ajena de alta dirección (125), en general sociológicamente más cerca del empresario que de los demás trabajadores, que tiene encomendado, como prestación laboral, el ejercicio (delegación de poder, que comparte con el personal

directivo de grado o grados inferiores) del poder de dirección, ordenación u organización de las prestaciones laborales, pero cuya competencia, desde el punto de vista objetivo-funcional y amplitud o extensión de la misma, parece diferenciarse de las del resto de las escalas inferiores de esa organización jerárquica laboral. Una figura que aparece como uno de los elementos personales básicos en la hoy cada vez más compleja estructura de la empresa laboral.

B. LA TECNICA DE LAS RELACIONES LABORALES DE CARACTER ESPECIAL COMO MECANISMO DE AMPLIACION DEL AMBITO SUBJETIVO DE LA LEGISLACION LABORAL

La inclusión del personal de alta dirección en la legislación laboral (nominalmente a partir de la Ley de Relaciones Laborales y del Estatuto de los Trabajadores; en la práctica, a partir de 1º de enero de 1986, fecha en que entró en vigor el R.D. 1382/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, conforme a lo dispuesto en su Disp.Final); esta inclusión, decíamos, da a entender que, por fín, se acepta la doctrina que veía a este personal como trabajador por cuenta ajena, con independencia de la función que, dentro de la organización empresarial en

la que se encuentra inserto, desarrolla como prestación laboral.

Ahora bien, tal inclusión se realiza a través de la técnica de las denominadas "relaciones laborales de carácter especial" (artículos 3º.1.k. de la Ley de Relaciones Laborales y 2º.1.a. del Estatuto de los Trabajadores), de donde parece derivarse, en una primera aproximación, que tal inclusión es parcial, como en efecto resulta de una regulación en la que es posible destacar dos notas características:

1º-fuertemente restrictiva en su ámbito personal, fruto de las construcciones jurisprudenciales anteriores, que se recogen, en gran medida, por el R.D.1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

2º-semi-laboral o parcialmente laboral, fruto de la tradicional exclusión del personal de alta dirección de la legislación laboral.

La calificación del alto directivo como trabajador especial o, si se prefiere, como sujeto de una relación laboral de carácter **especial** obliga a reflexionar sobre la razón o fundamento de dicha especialidad y, con carácter previo, sobre la diferencia genérica entre relación laboral "común" y

relación laboral calificada ¹²⁶ especial.

B.1. Contrato de trabajo "común" y contrato de trabajo "especial". ¿Existen razones para una diferenciación?

B.1.1. Imprecisión legislativa

Sin entrar en un estudio exhaustivo de la evolución normativa de las relaciones laborales especiales en nuestro Derecho del Trabajo (126), sí conviene advertir la ambigüedad en la que nuestro legislador se ha movido en cuanto a la delimitación de esta noción, utilizando diferentes denominaciones que no han definido la misma realidad.

Así "modalidad o aspecto especial del contrato de trabajo" en la terminología del **Código de Trabajo de 1926** (127) no coincide con las denominadas "modalidades especiales del contrato" a que se refería la **Ley de Contrato de Trabajo de 1931** (128), en la que aparecen (artículo 6º): el contrato de aprendizaje calificado como "contrato especial de trabajo".

El servicio doméstico, para el que no se utiliza una denominación específica (modalidad especial o contrato especial); y al que, parece, hay que incluir en el ámbito de la legislación laboral como contrato

de trabajo ordinario o "común". Contrato que, excluido por el legislador posterior en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (art.2º), reaparece en la Ley de Relaciones Laborales (art.3º) y en el Estatuto de los Trabajadores (art.2º), calificado como "relación laboral de carácter especial".

El contrato a domicilio, incluido bajo el mismo régimen que el servicio doméstico, y que la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 calificará como "contrato especial de trabajo" (Libro II), la Ley de Relaciones Laborales (art.3º) lo denominará "relación laboral de carácter especial" y el Estatuto de los Trabajadores (art.13) calificará como "modalidad del contrato de trabajo".

La **Ley de Contrato de Trabajo de 1944** (Capítulo III, Libro I) distinguía, por un lado, utilizando la misma expresión que la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, "modalidades del contrato de trabajo" (en la que se incluían el contrato de grupo, trabajo dado en común a un grupo y contrato de obras y servicios públicos); por otro, (Libro II) hablaba de "contratos especiales de trabajo", entre los que incluía: contrato de embarco (suprimido después, por Ley de 1952); contrato de aprendizaje; contrato de trabajo a domicilio (frente a la Ley de Contrato de Trabajo de 1931); trabajo de mujeres y trabajo de menores (129).

Con la **Ley de Relaciones Laborales de 1976** desaparece la denominación "modalidades del contrato de trabajo" y "contratos especiales de trabajo", pero aparece la de "relaciones laborales de carácter especial" (130), en la que, por un lado, se incluyen relaciones calificadas anteriormente como "contratos especiales de trabajo" (así, trabajo a domicilio, trabajo en el mar -antes, de embarco- y aprendizaje, limitado ahora a la artesanía); por otro, aparecen relaciones hasta ahora excluidas, expresamente, por la legislación laboral (servicio del hogar familiar y trabajo de alta dirección o alta gestión). Además, trabajos incluidos antes bajo la rúbrica de "contratos especiales de trabajo" aparecen fuera de las "relaciones laborales de carácter especial" (como el trabajo de los menores, art.6º; contrato de formación, art.7º; trabajo en prácticas, arts.8º y 9º; trabajo de la mujer, art.10), no incluidos, a su vez en otra denominación genérica, como pudiera ser "modalidades del contrato de trabajo", que, como hemos advertido, desaparece en la L.ey de Relaciones Laborales.

Conviene mencionar que, a pesar de la declaración de laboralidad de la relación especial del personal de alta dirección, el legislador no parece ser demasiado coherente con la misma y, en general con el significado de la especialidad, al establecer una confusa cláusula de derecho transitorio prevista en

la disposición transitoria 1ª de la Ley de Relaciones Laborales (... "seguirá en vigor... la normativa que actualmente les es aplicable"), que fue interpretada por la jurisprudencia (131) en el sentido de entender vigentes las normas precedentes a la propia ley; lo que supuso en este supuesto (al igual que para el servicio del hogar familiar) su exclusión del ámbito laboral (por aplicación de los artículo 7º y 2º, respectivamente, de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, que era la norma precedente) y el mantenimiento de la aplicación del Código Civil y del Código de Comercio, en cuanto calificada su relación con el empresario, bien como arrendamiento de servicios civil, bien como mandato mercantil.

El **Estatuto de los Trabajadores de 1980** utiliza la doble expresión "relaciones laborales de carácter especial" (artículo 2º) y "modalidades del contrato de trabajo" (Secc.4ª, Tít.I, Cap.Primerο).

Como "relaciones laborales de carácter especial" se mantienen alguna de las calificadas así por la L.R.L. (personal de alta dirección, servicio del hogar familiar, penados en instituciones penitenciarias, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos, representantes de comercio) (132).

Tales relaciones laborales debían ser objeto de

desarrollo reglamentario en el plazo previsto en su Disp.adicional 2ª del, que, al no cumplirse y no existir en dicha ley una norma de derecho transitorio igual a la de la Ley de Relaciones Laborales, originó posiciones encontradas en la doctrina (133) en cuanto a la permanencia o no de las normas precedentes. La jurisprudencia resolvió a favor de la aplicación del mismo criterio mantenido durante la vigencia de la Ley de Relaciones Laborales (134); por tanto, exclusión de la legislación laboral para el personal de alta dirección y declaración de la incompetencia de la jurisdicción del orden social hasta no se produjese la entrada en vigor de su decreto regulador (el 1 de enero de 1986, según su Disp.Final), dictado el 1 de agosto de 1985 (gracias a la nueva habilitación legal prevista en la Ley 32/84, de 2 de agosto).

Otras relaciones, calificadas anteriormente como contratos especiales de trabajo o relaciones laborales de carácter especial (contrato de trabajo a domicilio), pasan a ser calificadas como "modalidades del contrato de trabajo".

Como tales, además, se mantienen en el Estatuto de los Trabajadores las así calificadas en las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y de 1944 (trabajo en común y contrato de grupo, art.10); trabajo en prácticas y para la formación (a las que ya había hecho mención la Ley de Relaciones Laborales, sin

calificación o inclusión en ningún subgrupo) y aparecen "ex novo" el trabajo a tiempo parcial y el contrato de relevo.

El trabajo de menores y el trabajo de la mujer, calificados como contratos especiales de trabajo en la Ley de Relaciones Laborales de 1976, no aparecen en el Estatuto de los Trabajadores como modalidades del contrato de trabajo ni como relaciones especiales.

B.1.2.Valoración crítica de la regulación legal

De las accidentadas e imprecisas denominaciones, tipologías e incardinación legales es posible extraer varias conclusiones.

En primer lugar, el legislador parece partir de la existencia de un género, el contrato de trabajo, dividido en tres especies:

- 1.El contrato de trabajo "común".
- 2.Las "modalidades" del contrato común.
- 3.El contrato de trabajo (o relación laboral) de "carácter especial", contrapuesto al contrato de trabajo común.

En segundo lugar, la frontera entre las "especies" modalidades del contrato común y contrato de trabajo

especial y, si bien se mira, entre ambos y contrato de trabajo común, es arbitraria (135), al no haber existido en la evolución normativa un hilo conductor, un concepto básico y genérico de qué haya de entenderse por 1)contrato de trabajo "común", por 2)"modalidad" del contrato de trabajo común y por 3)contrato laboral "especial". Ejemplo de ello es el contrato a domicilio, primero incluido simplemente como contrato de trabajo (Ley de Contrato de Trabajo de 1931); después contrato especial de trabajo (Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y Ley de Relaciones Laborales de 1976); y, finalmente, como modalidad del contrato de trabajo (Estatuto de los Trabajadores de 1980). También el servicio doméstico, primero incluido (Ley de Contrato de Trabajo de 1931); después, excluido (Ley de Contrato de Trabajo de 1944); y, posteriormente, incluido como relación laboral especial (Ley de Relaciones Laborales de 1976 y Estatuto de los Trabajadores de 1980).

Por último, las "especies" modalidades del contrato y contratos especiales se han utilizado como técnica para incluir trabajos, en principio excluidos o exceptuados de la legislación laboral, a los que, al parecer, interesa mantener en un grado intermedio de inclusión, cuando jurisprudencia y/o doctrina habían mantenido que los mismos cumplían los requisitos exigidos para formar parte del ámbito de

aplicación (objetivo y subjetivo) de la legislación laboral. Ejemplos son, el ya citado el servicio doméstico (excluido en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y después calificado como relación laboral de carácter especial) y el personal de alta dirección, tradicionalmente excluido (hasta la Ley de Contrato de Trabajo de 1944) y después calificado como sujeto de una relación especial de trabajo por la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y el Estatuto de los Trabajadores de 1980.

Alguna diferencia, sin embargo, debe existir entre estas especies; alguna razón debe existir para que los trabajadores de alta dirección sean considerados legalmente como sujetos de una relación laboral de carácter especial y no como sujetos de un contrato de trabajo "común" con peculiaridades o, simplemente, como sujetos de un contrato de trabajo "común".

Veamos si ésto es así deteniéndonos, aunque sea brevemente, en la clasificación arriba señalada e intentando interpretar los distintos elementos de dicha clasificación. Comenzaremos con el primero de ellos: el contrato de trabajo "común".

B.1.3. Indeterminación del concepto contrato de trabajo "común"

Puede entenderse que, desde el punto de vista de la legislación aplicable, existe un contrato de trabajo **"común"**, ordinario, tipo, general, contrapuesto a unas relaciones o contratos "especiales" de trabajo (como desviaciones de las reglas generales de la contratación laboral, que aquél representaría). Contrato, por el que, al parecer, se regirían todas aquellas relaciones de trabajo no calificadas legalmente como especiales (en este sentido, se diría que estamos ante un contrato de trabajo general) y cuya regulación normativa (contenida hoy, sustancialmente, en el Título Primero del Estatuto de los Trabajadores -"De la relación individual de trabajo"- y normas de desarrollo) formaría el núcleo básico, central (sería así un contrato común), aplicable directa o supletoriamente en defecto de regulación específica para algún aspecto de esas relaciones especiales. Sería, por decirlo de otro modo, el complemento a las normas específicas aplicables a esas particulares relaciones de trabajo, las cuales se apartarían de ese contrato tipo o común para mejor aplicar el o los principios que le presiden, también válidos para ellas.

Aun cuando los Tribunales Constitucional y Ordinarios (136) siguen manteniendo esta distinción convencional, conviene recordar, no obstante, que la doctrina (137) puso pronto de manifiesto lo

aventurado que podía ser contraponer contrato común de trabajo/contratos especiales, no en cuanto a la existencia de estos últimos, sino en cuanto a la presencia de un tipo de contrato de trabajo común. Y esta afirmación, ante la legislación actual, mantiene el mismo valor que cuando fue formulada; efectivamente, desde el primer sentido indicado no parece adecuado sostener que exista un contrato de trabajo general, arquetipo, pues "al ir referido cada uno a una concreta rama de la actividad productiva es objeto de una disciplina específica representada por la correspondiente norma sectorial" (ordenanza de trabajo y/o convenio colectivo) (138). Desde el punto de vista de la legislación aplicable y de la pluralidad profesional no existe, pues, un contrato de trabajo común, general, sino que todos son particulares o especiales (sean o no denominados así por la ley). O, manteniendo la calificación como especiales para los contratos a que se refiere el actual artículo 2º del Estatuto de los Trabajadores, podríamos decir que no existe un contrato de trabajo común, sino múltiples contratos (o relaciones) laborales comunes.

Atendiendo a la segunda acepción formulada (contrato de trabajo común como complemento del contrato especial), tampoco creemos que se pueda afirmar que existe un contrato de trabajo común. Si por

regulación básica, común, entendemos la que el Estatuto de los Trabajadores (y normas de desarrollo) establece, ni siquiera la misma se aplica supletoriamente a algunas de las relaciones laborales calificadas por la Ley como especiales. Así es; aunque la mayoría de los Decretos reguladores de las relaciones laborales de carácter especial, a que se refiere el artículo 2º del Estatuto de los Trabajadores, utilizan expresiones como "legislación laboral común", "normativa laboral común" o "normas laborales de general aplicación", las mismas no han de ser entendidas como reconocimiento de la existencia de una legislación aplicable por igual a todas las relaciones laborales especiales como derecho supletorio, sino como conjunto de normas que pueden ser llamadas para regular una determinada materia a la que se refieren esas normas específicas. Es decir, puesto que dichos reglamentos establecen un régimen específico para esas relaciones laborales (no sólo desde el punto de vista de la contratación individual), pueden reenviar en casos concretos tanto al Título I del Estatuto de los Trabajadores como a los preceptos de los otros Títulos (II y III) de esa ley y a aquellas normas que están fuera de la misma porque se refieren a otros aspectos de las relaciones laborales (colectivo: LOLS, R.D.17/1977...; procesal: LPL, LBPL...).

B.1.3.a-Las diferentes cláusulas reglamentarias de derecho supletorio: interpretación.

Atendiendo, por tanto, al derecho supletorio y a las diferentes soluciones que aportan los Reglamentos reguladores de las denominadas relaciones laborales de carácter especial, pueden ser clasificados en tres grandes grupos.

El primer grupo estaría formado por aquellos reglamentos en los que aparece como derecho supletorio el Estatuto de los Trabajadores y resto de normas laborales (vendrían a ser éstas, para todos ellos, "el Derecho común de la contratación laboral"). Esta es la solución propuesta para SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR -Disp.Adic. del R.D. 1424/85; DEPORTISTAS PROFESIONALES -Art.21 del R.D. 1006/85; ARTISTAS - Art.12.1 del R.D.1435/85; ESTIBADORES PORTUARIOS - Art.19 del R.D-L 2/86).

Pero, a nuestro juicio, no es del todo exacto afirmar que existe ese "Derecho común" para estas concretas relaciones laborales especiales, porque en todos los reglamentos mencionados aparece la siguiente limitación: serán aplicables esas normas (Estatuto de los Trabajadores y resto de normas laborales) "en lo que resulte compatible (o, "en cuanto no resulten incompatibles") con las peculiaridades derivadas del carácter especial" de

esas relaciones". Se nos está indicando, por tanto, que la falta de regulación específica, si bien es condición necesaria para su aplicación, no es condición suficiente; hay, pues, que efectuar un juicio o valoración de la compatibilidad para que tal aplicación se lleve a cabo. Pues bien, esta solución, que parece estar tomada de la que la jurisprudencia proponía (139), sería acertada si hoy no existiese regulación específica para esas relaciones; cuando la misma existe y es su principal misión, precisamente, "adaptar", acomodar la legislación laboral "común" a esas relaciones en lo que áquella resulte inaplicable por la especialidad de las mismas, no se entiende que se mantenga una cláusula de ese tipo. A no ser que se tuviese la idea de la inexistencia de un "derecho común" aplicable, sin más, en defecto de normas para un supuesto concreto de esas relaciones. Si existiese tal derecho o regulación básica, común, a todas las relaciones laborales, especiales o no, sus principios valdrían para todas ellas.

El segundo grupo lo formarían aquellas regulaciones que utilizan una cláusula de derecho supletorio más confusa aún que la empleada por los reglamentos incluidos en el primer grupo, puesto que se limitan a mencionar que "son aplicables (a estas relaciones laborales especiales) los derechos y deberes laborales básicos reconocidos en el Estatuto

de los Trabajadores"

En este sentido, pueden mencionarse, REPRESENTANTES DE COMERCIO -Art.12 del R.D. 1438/85; MINUSVALIDOS -Art.9º del R.D. 1368/85).

La ambigüedad e imprecisión de estas posibles cláusulas de derecho supletorio se intenta despejar por la doctrina (140) interpretando estos preceptos en el mismo sentido que ofrece la legislación para los que hemos incluido en el primer grupo; es decir, valoración o juicio de compatibilidad, con lo que se cae en la misma inseguridad jurídica y en la misma crítica formulada a aquellos supuestos. Ahora bien, no habría dificultad en aceptar dicha interpretación si se admitiese que los preceptos arriba señalados no se refieren a la cuestión del derecho supletorio, es decir, que los decretos reguladores de estas relaciones laborales han omitido mencionar tal materia; se aplicaría, por tanto, la solución propuesta por la jurisprudencia y la doctrina (141).

A nuestro juicio, más que entender esos preceptos desde el punto de vista del derecho supletorio, habría que ponerlos en relación con el límite que el artículo 2º.2 del Estatuto de los Trabajadores establece para la regulación de las relaciones laborales especiales: "respeto a los derechos básicos reconocidos en la Constitución". En este sentido, tal precepto podría ser objeto de una triple interpreta-

ción:

- a. Que sólo los derechos fundamentales que reconoce la Constitución han de ser respetados por esas regulaciones (142).
- b. Que sólo los derechos constitucionales (sean o no fundamentales), y no los que recoge el Estatuto de los Trabajadores, si no son reiteración de los que reconoce la Constitución, actúan como límite de esas regulaciones (143).
- c. Que no sólo los derechos constitucionales han de ser respetados, sino también los elementos esenciales que permitan identificar el tipo contrato de trabajo y sus líneas maestras (144).

En buena lógica jurídica, es esta interpretación última la más acorde con lo que ha de entenderse por relación especial, como veremos en su momento.

Pero el legislador parece haber optado por la segunda, cuando no por la primera (como ocurre, ciertamente, con el Personal de Alta Dirección). Por lo que, los derechos y deberes laborales básicos reconocidos por el Estatuto de los Trabajadores (artículos 4º y 5º) sólo serán aplicables a las relaciones especiales de trabajo cuando las normas reguladoras de estas reenvíen expresamente al Estatuto de los Trabajadores. Y ésto es lo que ocurre en los supuestos incluidos en este segundo grupo; de otra forma, no se entenderían, por obvios, estos

preceptos que, a mayor abundamiento, se repiten en otra relación laboral en la que sí existe cláusula expresa de derecho supletorio (concretamente, ARTISTAS -Art.6º.1 del R.D.1435/85). Y si ésta es, como parece, la opción seguida por el legislador, lo que dan a entender tales preceptos es que no existe ese "Derecho común", puesto que en aquellos supuestos en los que no hay una remisión expresa a los derechos y deberes laborales básicos es posible que los mismos no se apliquen.

El tercer y último grupo, enlazando con lo que acabamos de exponer, estaría formado por aquellas regulaciones en las que se excluye el Estatuto de los Trabajadores y el resto de la "legislación laboral común" como Derecho supletorio. Esta es la solución que adopta el legislador exclusivamente para una de las relaciones laborales especiales, la del PERSONAL DE ALTA DIRECCION, para quien el R.D. 1382/1985, artículo 3º.3, dispone que : "en lo no regulado por este Real Decreto o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales".

Por tanto, ni siquiera los principios generales de la contratación laboral les son aplicables, poniéndose en duda, por un lado, no ya sólo si existe un contrato de trabajo común, sino, incluso, si este contrato es auténticamente especial o, por el

contrario, hay que buscar para él otra calificación; y, por otro, si la técnica de delegación al Gobierno para la regulación de estas relaciones laborales especiales ha sido la más acertada y ajustada a la naturaleza de tales contratos. Pero éstos son otros temas, que serán tratados más adelante.

B.2.La relatividad del concepto legal "contratos (o relaciones) especiales de trabajo".

Si en las páginas anteriores se ha intentado poner de manifiesto la relatividad del concepto de contrato de trabajo común y, lo que es más importante, que, en ninguno de sus distintos sentidos o acepciones, puede contraponerse al denominado contrato de trabajo especial, la clasificación de las especies del contrato de trabajo se puede mantener, pero distinguiendo ahora un género, el contrato de trabajo, dividido, sólo, en dos "especies" (recogidas expresamente por el Estatuto de los Trabajadores):

- a. los contratos de trabajo especiales
- b. las modalidades del contrato de trabajo.

Como especies, y en el sentido técnico de la expresión, ambos tipos de contratos compartirían los rasgos fundamentales del género al que pertenecen; es decir, participarían de la naturaleza de contrato de trabajo, conforme a la definición legal de lo que

éste sea (artículo 1º.1 del Estatuto de los Trabajadores). Y, precisamente por ser especies, ambas serían o representarían, frente al género, alteraciones materiales en la manifestación práctica de los rasgos caracterizadores del contrato de trabajo.

Si ello es así, el problema específico que se plantea es la búsqueda de un elemento común a todos los contratos que el Estatuto de los Trabajadores califica como especiales (primera especie), que permita diferenciarlos, en bloque, del género (contrato de trabajo) y, a su vez, de la otra especie ("modalidades"). Y es que, a nuestro juicio, son varias las cuestiones que la regulación y distinción legales plantean; entre ellas, las siguientes:

primera, el tipo o clase de alteraciones o modificaciones que ha de presentar ese contrato de trabajo para que el mismo se transforme, bien en un contrato especial, bien en un contrato con "peculiaridades"; segunda, la posible relación y, en consecuencia, diferenciación, existente entre estas especies; tercera, enlazada con la anterior, si puede afirmarse que el contrato de trabajo especial es, a su vez, el "subgénero" y la modalidad la "subespecie".

La imprecisión y ambigüedad legislativas, que poníamos de manifiesto en las páginas anteriores, se

revela también en esta materia, en cuanto el legislador actual impide cualquier posible solución a esas cuestiones planteadas de las que a continuación se intentan.

B.2.1.Inexistencia de un criterio común de especialidad

Son varias las eventuales soluciones al problema del elemento o rasgo caracterizador de la especie "contrato de trabajo especial"; entre ellas, y sin intentar agotar la posibilidades, pueden intentarse las siguientes:

Primera-Podría afirmarse que el rasgo o elemento que caracteriza a los contratos incluidos en la especie "contratos especiales de trabajo", frente al género y a la otra especie, es la actividad profesional; es decir, el tipo, objeto o naturaleza de la prestación del trabajador, en definitiva, la especialidad profesional.

Si éste fuese el criterio: primero, todas o la mayoría de las actividades laborales para las que existe un convenio colectivo u ordenanza de trabajo deberían tener el calificativo de especiales. Segundo, sería innecesario el artículo 2º del Estatuto de los Trabajadores (salvo su valor

meramente enunciativo), cuando la realidad es que la lista que ofrece dicho precepto es cerrada, pues hace falta una ley formal para aumentarla. Tercero, habría contratos de trabajo, que han perdido actualmente el calificativo de especiales (como es el supuesto del trabajo de la navegación aérea), para los que seguiría siendo, no obstante, totalmente válido. Y cuarto, atendiendo precisamente a la lista que nos ofrece el Estatuto de los Trabajadores y a este posible criterio de diferenciación, ni siquiera el mismo es válido para todas las relaciones laborales calificadas expresamente como especiales por el legislador; este es el supuesto de PENADOS, para el que se admite (artículo 27.1 de la Ley General Penitenciaria y artículos 185 y ss. del Reglamento Penitenciario), como una de las numerosas variantes de ese trabajo, la de "producción en régimen laboral" o "trabajo directamente productivo", realizado fuera del establecimiento penitenciario, sin especificar qué tipo de actividad profesional ha de realizar.

Segunda posible solución: si atendemos precisamente al tipo de modificación que ha de presentar frente al género (contrato de trabajo) y la especie "modalidades" de dicho contrato, se podría definir la relación especial de trabajo como aquélla que introduce alteraciones, (sin que por ello quede alterada su sustancia como contrato de trabajo), "en

los elementos sustanciales sin los cuales ni siquiera existe contrato: el consentimiento, el objeto (trabajo libre, dependiente, retribuido y por cuenta ajena) y la causa, que delimitan el contrato de trabajo frente a los restantes tipos contractuales" (145).

De utilizarse este criterio tan estricto, las consecuencias serían las siguientes:

Primero, la práctica totalidad de las denominadas "modalidades" del contrato de trabajo aparecerían como auténticas relaciones especiales; a excepción del trabajo a tiempo parcial, en cuanto se estime que es un contrato de trabajo con un simple pacto de jornada reducida (146). Y con la duda, tal vez, del contrato de trabajo a domicilio si entendemos que en él, y esa sería su nota característica, se produce una quiebra o debilitación de la nota de dependencia, siempre y cuando se admita que la dependencia es un elemento esencial del contrato de trabajo. Pues, de lo contrario, poca importancia tendría para su calificación como modalidad o relación especial el hecho que se produjese dicha atenuación; así parece entenderlo el legislador de 1980, que lo ha calificado como "modalidad" del contrato de trabajo, frente a la Ley de Relaciones Laborales de 1976, donde aparecía en la lista de las relaciones laborales especiales (artículo 3º).

Segundo, la mayoría de los denominados contratos

de trabajo especiales no serían verdaderas relaciones especiales (a excepción, tal vez, del trabajo de los penados en instituciones penitenciarias, en su variante, sobre todo, de trabajo realizado en el interior de la institución). Ni siquiera podría hoy mantenerse la especialidad de dos determinadas relaciones laborales: servicio del hogar familiar y trabajo del personal de alta dirección, a las que la teoría expuesta dejó fuera de consideración en su momento, pues "no sólo no estaban desarrolladas reglamentariamente, sino que eran verdaderas innovaciones en el ámbito del Derecho del Trabajo" (147) y en las que hoy es difícil encontrar razones sustantivas para la diferenciación, puesto que en las mismas, como veremos, no se producen alteraciones sustanciales en los elementos o notas del contrato de trabajo, sino en el modo que se lleva a cabo la prestación laboral, que hacen de difícil aplicación las reglas generales de la contratación laboral que ha establecido el Estatuto de los Trabajadores. Así, para el supuesto de trabajo al servicio del hogar familiar, que ha pasado por las mismas vicisitudes legislativas que el trabajo del personal de alta dirección, el legislador y la doctrina mayoritaria han basado la especialidad de dicha relación en "el ámbito de la prestación de los servicios y, como consecuencia de ello, en las notas de mutua confianza, flexibilidad concedida a ambas partes para

regular de común acuerdo las condiciones de trabajo y la especial necesidad de tutela de derechos constitucionales, en concreto de la intimidad personal y familiar" (148). Pero, ni siquiera desde este punto de vista menos estricto, deja de ser paradójico que el trabajo a domicilio, para el que se podía mantener, como razón de la especialidad, un debilitamiento de la nota de dependencia, haya pasado a ser considerado modalidad del contrato de trabajo, cuando, dejando a un lado el valor de esa debilitación, se producen en el mismo otros rasgos específicos, en los que es posible basar su especialidad sustantiva, que nada parecen tener que ver con los elementos esenciales del contrato de trabajo: ámbito o lugar donde se desarrolla el trabajo (propio domicilio del trabajador o en lugar equivalente, libremente elegido por él) y realización del trabajo fuera de la vigilancia directa e inmediata del empleador (149), a los que parece no haber prestado atención el legislador a la hora de encuadrarlo en una u otra especie del contrato de trabajo.

Es difícil, pues, acomodar esta teoría tan estricta a lo preceptuado por la ley, poniéndose, así, de manifiesto que ha debido ser otro el criterio utilizado por el legislador para llevar a cabo la distinción entre esas dos especies del contrato de trabajo.

Tercera posible solución: para intentar solventar la situación a que nos conduciría irremediablemente el criterio anterior, con un propósito voluntarista por mantener la distinción legal, podría decirse que las denominadas modalidades del contrato de trabajo, frente a las relaciones especiales, "son situaciones jurídicas cuya especialidad va referida a aspectos puntuales de cualquier relación de trabajo" (150), de tal forma que sería posible que relaciones especiales de trabajo se pactasen bajo modalidades especiales del contrato de trabajo. Ahora bien, acudiendo a la legislación, sólo podríamos tachar como mínima la alteración producida en el contrato de trabajo a tiempo parcial; en el resto de las denominadas modalidades (sobre todo en el contrato de trabajo a domicilio), como hemos advertido más arriba, se producen alteraciones en los elementos esenciales del contrato que, a nuestro juicio, no pueden ser entendidas como puntuales o poco importantes. Y, por lo que respecta a la posibilidad de entender las relaciones especiales como el género y las modalidades especiales la especie, parece imposible que el trabajo artístico, por ejemplo, pudiese pactarse bajo la "modalidad" del trabajo a domicilio, según se desprende de los artículo 1º.3 y 4º del R.D.1435/1985; modalidad cuya utilización aparece vedada expresamente en algunos de los

decretos reguladores de las denominadas relaciones laborales especiales (así, en concreto, minusválidos, R.D.1368/1985, artículo 7º.1).

Podría, por último y como cuarta solución posible, limitarse la razón de la especialidad de aquellos contratos incluidos en la especie "contratos especiales" a la nota que caracteriza el objeto del contrato de trabajo, es decir, la dependencia. Así, se entendería que las denominadas relaciones laborales especiales recogen de forma especial (bien intensificada, bien atenuada) la nota de la dependencia; ahora bien, desde este punto vista, comparando dos contratos en los que es posible advertir la atenuación de la misma, habría que responder porqué el representante de comercio está incluido como sujeto de una relación especial y el trabajo a domicilio no se incluye como relación especial, sino como modalidad del contrato de trabajo; en el mismo sentido, en el servicio de hogar familiar la cuestión es si existe una intensificación de la nota de la dependencia o, en verdad, lo importante y auténticamente especial con respecto a otros contratos es el carácter inespecífico de la prestación, el ámbito donde se desarrolla la misma, la convivencia con el titular del hogar y la especial relación de confianza personal entre ambos; siguiendo este criterio, es difícil determinar la especialidad

de la relación laboral del artista en espectáculos públicos; y, por último, en el trabajo del personal de alta dirección, calificado como trabajador por cuenta ajena, la cuestión es si se produce una atenuación o una intensificación de la dependencia jurídica respecto al empresario por cuenta del que trabaja (151).

Si es difícil acomodar este posible criterio a la regulación legal, aún resulta más difícil en cuanto se entienda, desde un punto de vista estrictamente dogmático, que la dependencia no es requisito esencial del contrato de trabajo por lo que, poco importaría que en determinadas relaciones laborales (bien calificadas como especiales, bien entendidas como modalidades) apareciese dicha nota intensificada o atenuada; se trataría entonces, más que de la razón de la especialidad, de una de las posibles consecuencias de esa especialidad.

B.2.2. Consecuencias de la arbitrariedad legislativa

Si ninguna de las posibles soluciones intentadas sirven atendiendo a los supuestos concretos que recoge el legislador, no queda más que afirmar, pues, que la regulación legal de las que aparecen como dos especies del contrato de trabajo se manifiesta

arbitraria, con las siguientes consecuencias importantes.

Primera, que, a nuestro juicio, es válida actualmente la afirmación doctrinal, según la cual "es imposible o inútil llegar a una teoría general sobre los contratos especiales de trabajo en el Derecho español" ((152)), puesto que es difícil (si no imposible) hallar "algún rasgo común que califique con cierta especialidad compartida ciertos tipos de relaciones de trabajo" (153), más especiales unas, menos otras.

En este sentido, se puede declarar que el único elemento que comparten las denominadas "relaciones laborales especiales" (que, a su vez, comparten con las modalidades) es la naturaleza jurídica del género a que todas pertenecen. Todas tienen la naturaleza de contrato de trabajo (les es aplicable, por tanto, la definición del mismo que nos ofrece el art.1º.1 del Estatuto de los Trabajadores); de lo contrario no podrían ser calificadas de relaciones laborales. Fuera de esta afirmación, no es posible buscar un criterio único que nos sirva para delimitar los contratos especiales de trabajo frente al género y a las modalidades del contrato de trabajo, de las que aparecen diferenciadas en la legislación; por tanto, en consecuencia, sólo es efectivo el estudio concreto y específico (154) de cada uno de los trabajos incluidos en el artículo 2º del Estatuto de los

Trabajadores para determinar, individualmente considerado, si es o no contrato especial de trabajo, intentando así vislumbrar el criterio de la especialidad que el legislador ha utilizado en cada uno de ellos (que, desde luego, no es la modificación o alteración de los elementos esenciales del contrato de trabajo).

Y desde el punto de vista de técnica jurídica (que nada tiene que ver con su naturaleza), el único rasgo común que comparten es la obligación de "respetar los derechos básicos reconocidos en la Constitución" (artículo 2º.2 del Estatuto de los Trabajadores).

Ni siquiera en cuanto al Derecho supletorio es posible hallar ese elemento común; lo que nos permite enlazar con la segunda consecuencia derivada de la imprecisión legislativa.

En efecto, aún cuando el concepto legal de "relación laboral especial" sea relativo, y la existencia de esta especie de contrato de trabajo, junto a las denominadas modalidades de dicho contrato, sea resultado de la arbitrariedad del legislador, se debió ser más coherente en cuanto a los efectos atribuidos a esos contratos calificados como especiales. Conviene mencionar en este sentido que, si bien el legislador no establece un criterio que permita determinar cuándo nos encontramos ante una modalidad del contrato de trabajo y cuándo éste se

transforma en un contrato especial, ha atribuido, no obstante, efectos diferentes en la regulación de una y otra especie del contrato de trabajo.

En este sentido, a las denominadas modalidades le son aplicables, como derecho supletorio, para aquellos supuestos que el Estatuto de los Trabajadores y normas de desarrollo no ha previsto como necesitados de una normación específica, el resto de preceptos contenidos en la mismas (aparecerían, así, para dichas modalidades como "legislación común") (155). Por el contrario, la solución no es uniforme para las calificadas como relaciones laborales especiales, como ya hemos puesto de manifiesto; así, producida la adaptación necesaria de las normas del Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto en lo que aquél parece ser incompatible con la especialidad del trabajo del personal de alta dirección, sólo son aplicables a dicha relación laboral cuando existe una remisión expresa a las mismas desde las propias normas del citado reglamento; si ésta no existe, no se aplica la legislación laboral como Derecho Supletorio, sino la civil y mercantil, incluidos sus principios generales, conforme a lo dispuesto en su artículo 3º.3.

Por tanto la pregunta que surge al intérprete es la siguiente: ¿una relación laboral, calificada como

especial, puede admitir como derecho supletorio otro que no sea el Estatuto de los Trabajadores y resto de normas que forman la legislación laboral?; pero antes cabría hacerse una pregunta anterior, ¿se puede excluir la aplicación de esas normas en los supuestos en que no sea necesaria una normativa específica de adaptación y, por tanto, en consecuencia, es obligada una cláusula de remisión expresa para que las mismas sean aplicables?; la respuesta no es sencilla, pues se mezcla lo que debe ser con lo que en realidad es; lo que la naturaleza de relación especial parece exigir con lo que el legislador ha establecido.

La relación laboral especial y el contrato de trabajo, la especie y el género, no son antitéticos, por lo que la finalidad de las normas reglamentarias de desarrollo, teniendo en cuenta la naturaleza especial de esas relaciones laborales, no podría ser otra que adaptar los principios, los elementos esenciales que permiten identificar el contrato de trabajo y sus líneas maestras a las singulares características que dichas relaciones presentan con respecto a este "tipo". Las relaciones laborales especiales exigen reglas particulares, propias para aquellos aspectos de su régimen jurídico acordes con su naturaleza especial frente al contrato de trabajo; pero, en todo caso, tendrían que respetar, no sólo los derechos básicos reconocidos en la Constitución (sean o no fundamentales), incluido su artículo

35.1, sino los principios básicos de la contratación laboral establecidos en el Estatuto de los Trabajadores, que, por tanto, serían válidos para dichas relaciones.

Si ésta parece ser la interpretación del artículo 2º.2 del Estatuto de los Trabajadores más acorde con la naturaleza especial de una relación laboral, los Decretos de desarrollo que prevé el Estatuto de los Trabajadores no podrían excluir la aplicación del mismo cuando no fuese preciso regular especialmente aquellos aspectos singulares de dicha relación (las cláusulas de remisión expresa al mismo devendrían, así, innecesarias) ni permitir que pudieran existir normas laborales incompatibles con esa relación especial de trabajo. Por eso, producida la normativa de adaptación necesaria, sería incoherente excluir como Derecho supletorio, no ya sólo ciertas normas laborales y algunos de los principios en los que se basan, sino el conjunto de las mismas y sustituirlas en bloque por la legislación civil y/o mercantil y sus principios generales, opuestos, en determinados aspectos, a los del contrato de trabajo, cuya naturaleza comparten la.s denominadas relaciones laborales especiales.

Si ésto fuese así, las auténticas relaciones especiales de trabajo serían las calificadas por la ley como modalidades, mientras que, si no todas, sí la

que interesa a nuestro estudio (Personal de alta dirección), aparecerían como relaciones laborales excepcionales, no desde el punto de vista de su naturaleza, sino de la regulación que lleva a cabo el legislador. Por eso, si bien en general, más que hablar de relaciones laborales especiales, debería hablarse de relaciones de trabajo con régimen jurídico especial, en el supuesto del Personal de Alta Dirección hasta puede ser posible que no quepa, si quiera, y en atención al régimen jurídico que prevé el legislador, esa denominación. No es éste el lugar adecuado para detenernos en la valoración de esa posible excepcionalidad desde el punto de vista de la naturaleza de (la relación; es decir, en averiguar si es intrínsecamente necesario al fundamento de la especialidad la oposición a esos principios generales de la contratación laboral o, por el contrario, los mismos son susceptibles de aplicación a esta relación laboral especial, a pesar de la opción prevista por el legislador.

Ni siquiera la pregunta formulada más arriba podría tener una respuesta afirmativa atendiendo, precisamente, a esa opción del legislador, que permite la exclusión de las normas laborales en estas relaciones laborales y que ha contado con la interpretación favorable de la jurisprudencia constitucional (156) y la ordinaria (157). Si admitimos, como parece haber quedado resuelto, que la técnica legislativa empleada para regular estas rela-

ciones laborales de carácter especial es la deslegalización, frente a la remisión normativa, como parte de la doctrina mantuvo (158), es posible concluir:

a).cada relación especial de trabajo puede (como ha ocurrido, de hecho) regularse por el sistema de fuentes que establezca su respectivo reglamento de desarrollo (por tanto, puede excluir como Derecho supletorio la legislación laboral)

b).No será posible tachar de discriminaciones normativas las regulaciones diferenciadas que se opongan a lo previsto para la relación laboral.

En todo caso, estas afirmaciones vendrían a confirmar que no estamos ante auténticas relaciones especiales, aunque el legislador mantenga esta denominación.

NOTAS a pie de página del Capítulo Primero

(1)-Sobre el mismo, **DEL PESO Y CALVO**: "El ámbito de aplicación personal de las normas del Derecho del Trabajo", R.P.S., nº.71, 1966, págs.105 y ss; **PEREZ AMOROS**: "El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo español", R.P.S., nº.133, 1982, págs.85 y ss.; **DEL VALLE, J.M.**: "Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo español", R.T., nº.89, 1988, págs.73 y ss.

(2)-Así, SSTS (Sala 1ª) de 17-III-1860, en J.C.-C.L., 1860, ref.62; (Sala 1ª) de 16-XI-1861, en J.C.-C.L., 1861, ref.269; (Sala 1ª) de 25-X-1907, en J.C.-C.L., 1907, ref.108; todas ellas recogidas y analizadas por **MONTALVO CORREA**: Fundamentos de Derecho del Trabajo, Edit.Civitas, Madrid, 1975, págs.207 a 209.

Con posterioridad al Código de Trabajo de 1926, SSTS de 6-III-1928 y 1-V-1928, en la que se habla de "lealtad y fidelidad recíprocas" para calificar la nota de la dependencia.

(3)-**RODRIGUEZ-PIÑERO, M.**: "La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo", R.P.S., nº.71, 1966, pág.148, nota 8).

(4)-**GARRIGUES, J.**: "Auxiliares del comerciante", R.D.Prvdo., nº.199, 1930, págs.100-101.

(5)-**VON GIERKE, O.**: Las raíces del contrato de trabajo; traducción y comentario crítico de BARREIRO GONZALEZ, G.; Edit.Civitas, Madrid, 1982, págs.15, 38, 45, 62 y 63.

Véase así mismo el concepto de dependencia que proporciona **RODRIGUEZ-PIÑERO, M.**: ul.op.cit., pág.158.

(6)-Vid., en este sentido, **MENENDEZ MENENDEZ, A.**: "Auxiliares del empresario", R.D.M., nº72, 1959, pág.276 y ss; **URIA, R.**: Derecho Mercantil, 13ª edic., Madrid, 1985, pág.46; **BROSETA, M.**: Manual de Derecho Mercantil, 6ª edic., Madrid, 1986, pág.147; **VICENT CHULIA, F.**: Compendio crítico de Derecho Mercantil, Tomo I, 2ª edic., Barcelona, 1986, pág.168.

En contra, **LANGLE, E.**: Manual de Derecho Mercantil español, Tomo I, Barcelona, 1950, pág.757, para quien la relación jurídica que une al principal con el Factor es un mandato retribuido.

(7)-Artículo 1º: "Se entenderá por contrato de trabajo, cualquiera que sea su denominación, aquél en virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra o a prestar un servicio a uno o varios patronos, o a una persona jurídica de tal carácter bajo la depen-

dencia de éstos, por una remuneración, sea cual fuere la clase o forma de ella"; completado por el artículo 2º: "El objeto del contrato a que se refiere esta Ley es todo trabajo u obra que se realice por cuenta y bajo dependencia ajenas...".

(8)-La exclusión prevista en el citado precepto legal es reflejo de la ya producida por otras normas de la etapa legislativa republicana; vid., en este sentido, artículo 2º.1 de la Ley de Jornada Máxima de Trabajo de 1 de Julio de 1931 (Gaceta de 2 de julio), conforme al cual, quedan excluido de la citada ley, "...los Directores, Gerentes y altos funcionarios de las empresas que por la índole de sus tareas no pueden estar sujetos a una estricta limitación de la jornada".

(9)-**DEL VALLE, J.M.:** "Evolución doctrinal sobre el concepto...",
cit., pág.93

(10)-**BORRAJO DACRUZ, E.:** Altos Cargos laborales; Edit.Edersa, Madrid, 1984, pág.34; también en "Los auxiliares del omerciante en Derecho español", R.D.M. , nº.64 y 65, 1957, pág.264.

(11)-**ALONSO OLEA, M.:** "En torno al concepto de contrato de trabajo", A.D.C., Tomo XX, fasc.1, 1967, pág.126.

(12)-Por todos, el estudio clásico de **BAYON CHACON, G.:** "El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?, R.D.Prvdo, Tomo XLV, 1961, pág.451 y ss; **ALONSO OLEA, M.**, el más destacado autor contrario a este presupuesto : ul.op.cit., pág.129-130; también "El trabajo en cuanto objeto de disciplina jurídica", Rev.de T.R.T., V.13, nº.24, 1980, pág.14, y "Sobre la realidad social subyacente al Derecho del Trabajo", R.D.T.-Buenos Aires-, T.XXXI, 1971, pág.153.

(13)-Art.6º in fine: "Se consideran trabajadores por cuenta ajena:...en general, todos los trabajadores que desarrollen actividades en situación de dependencia con respecto a las personas que las ordenen o encarguen, pagando por ellas o por su resultado una retribución". Este párrfao no existía en la redacción originaria de la L:C.T. de 1944; se introdujo por la Ley 21/1962, de 21de junio, de modificación de la L.C.T.

(14)-Así se confirma por la jurisprudencia en STS de 19-I-1953 (Ar.193), conforme a la cual el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 "excluye de su ámbito personal a quienes desempeñan funciones de alta dirección en cuanto éstas implican independencia en su trabajo, y siendo la nota de dependencia característica esencial del contrato de trabajo, cuando falta no puede

calificarse como tal el que vincula a este trabajador con la empresa"; vid., también, entre otras, SSTS 25-I-1954 (Ar.102); 7-VI-1955 (Ar.1992); 20-VI-1955 (Ar.2029); 14-X-1955 (Ar.2862); 4-II-1956 (Ar.480); 14-III-1956 (Ar.912); 20-III-1956 (Ar.1674); 16-II-1957 (Ar.648); 13-XII-1957 (Ar.3581); 9-XII-1958 (Ar.3647); 5-X-1960 (Ar.2990); 15-III-1962 (Ar.911).

(15)-En el mismo sentido, **FERNANDEZ MARCOS, L.:** "Jurisprudencia en torno al concepto de altos cargos", R.P.S., nº.86, 1970; págs.179-180.

(16)-STS de 7-VI-1946 (Ar.769)

(17)-El elenco de sentencias en este sentido sería interminable; entre ellas, las siguientes del T.S.: de 9-II-1939 (Ar.397), Cdo.2º; de 21-I-1942 (Ar.150), Cdo.2; de 5-IV-1946 (Ar.502), Cdo.3; de 24-VI-1946 (Ar.954), Cdo.3; (Civil), de 27-VI-1947 (Ar.918), Cdo.2; de 1-V-1950 (Ar.851), Cdo.2; de 24-IX-1954 (Ar.2277), Cdo.2; de 13-XII-1954 (Ar.3114), Cdo.2; de 10-V-1950 (Ar.1032), Cdo.4; de 24-IX-1954 (Ar.2127), Cdo.1; de 24-IX-1954 (Ar.2276), Cdo.1; de 24-IX-1954 (Ar. 2277), Cdo.2; de 13-XII-1954 (Ar.3114), Cdo.2; 31-XII-1959 (Ar.4950), Cdo.único.

(18)-**MONTOYA MELGAR, A.:** El poder de dirección del empresario; Instit.de Est. Polít., Madrid, 1965; pág.71. En el mismo sentido, **BAYON CHACON, G.:** "El concepto de dependencia...", cit., pág.459 y **SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.:** "El concepto de trabajador en el Derecho español", Revista Temis; Fac.de Dº., Univ. de Zaragoza; nº.9, 1961, pág.140, para quien se concreta en "la obligación del trabajador de obedecer las órdenes del empresario referentes al proceso técnico de su trabajo".

(19)-**BAYON CHACON, G. y PEREZ BOTIJA:** Manual de Derecho del Trabajo; 8ª edic., Madrid, 1969, pág.24 (también en 9ª edic., Madrid, 1975, pág.23 y 12ª edic., Madrid, 1978, pág.21); **PEREZ BOTIJA:** El contrato de trabajo; 2ª edic., Madrid, 1954, pág.42.

En la Jurisprudencia SSTS de 1-V-1950 (Ar.851), Cdo.2; de 10-V-1950 (Ar.1032), Cdo.4.

(20)-**MONTOYA MELGAR, A.:** op.ult.cit., pág.71

(21)-**ALONSO OLEA, M.:** "La empresa desde el punto de vista social", en la obra colectiva La empresa; Inst. de Est.Polít.; Madrid, 1962, pág.74

(22)-SSTS de 7-X-1958; de 30-XI-1957

(23)-**ALONSO OLEA, M.:** "En torno al concepto...", Cit., págs.127-128; **MONTOYA MELGAR, A.:** op.ult.cit, pág.69-70; **ALBIOL MONTESINOS, I.:** "En torno a la polémica ajenidad-dependencia", CCDT, Univ.de Valencia, nº.1,

1971, págs.6-8; **DE LA VILLA, L.E.:** "Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español", CCDT, Univ.de Valencia, nº.4, 1972, pág.9; **DIEGUEZ CUERVO:** Lecciones de Derecho del Trabajo; Edit.Civitas, 2ª edic., Madrid, 1988, págs.39-40.

(24)-STS 9-I-1936 (Ar.12)

(25)-STS de 8-X-1948 (Ar.1360); en el mismo sentido, entre otras, SSTS de 1-IV-1930 (Ar.828), 9-IV-1930 (Ar.849), 17-VIII-1939 (Ar.269), 4-II-1942 (Ar.281), 5-II-1954 (Ar.135), 23-III-1955 (Ar.1023), 5-I-1959 (Ar.2).

(26)-STS de 24-VI-1946 (Ar.954), Cdo.3

(27)-SSTS de 5-IV-1946 (Ar.502); de 20-IV-1950 (Ar.847), Cdo.2; de 23-II-1953 (Ar.241), cdo.único.

(28)-Vid., a sensu contrario, STS 22-IX-1941 (Ar.1020).
Vid., también, SSTS 23-III-1955 (Ar.1023), 20-VI-1955 (Ar.2029)

(29)-Atendiendo a la evolución normativa española e internacional (por orden cronológico): R.Decreto de 3 de abril de 1919 (arts.1º y 2º) en relación con las Reales Ordenes de 15 de enero de 1920 (art.1º); Convenio nº.1 de la OIT de 29 de octubre de 1919, sobre limitación de las horas de trabajo en las empresas industriales (art.2º); Convenio nº.30 de la OIT, de 10 de julio de 1930, sobre reglamentación de las horas de trabajo en el comercio y en las oficinas (art-1º,3,c) (ambos ratificados por España, el 1 de mayo de 1931 y el 8 de abril de 1932, respectivamente); Ley de Jornada Máxima de 1 de julio de 1931. Sobre estas normas y, en general, sobre la evolución de la exclusión legal del personal directivo, **BORRAJO DACRUZ, E.:** Altos cargos...cit., págs.27 y ss; **PENDAS DIAZ, B.:** "Antecedentes histórico-legislativos de la relación laboral especial del personal de alta dirección", Bol.Grad.Soc., nº.32, 1986, pág.3 y ss.

(30)-SSTS de 9-XII-1939 (Ar.397), Cdo.3; de 10-IV-1940 (Ar.311); de 27-I-1942 (Ar.150),
Cdo.2; de 25-XI-1947 (Ar.457); de 5-II-1954 (Ar.135), Cdo.2

(31)-SSTS de 7-VI-1946 (Ar.769), Cdo.4; de 1-V-1950 (Ar.851),
Cdo.2; de 5-II-1954 (Ar.135), Cdo.2

(32)-**BAYON CHACON, G.:** "El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo", R.P.S., nº.71, 1966, pág.18; **MONTOYA MELGAR, A.:** "El ámbito

personal del Derecho del Trabajo", R.P.S., nº.71, 1966, pág.93-94; **VALDES DAL-RE, F.:** "Altos Cargos", R.P.S., nº.115, 1977, pág.212, del mismo autor: "El entrenador de un equipo de fútbol ¿es alto cargo?", R.P.S., nº.107, 1975, págs.186-187

(33)-SSTS de 12-V-1934 (Ar.944), 19-X-1946 (Ar.1122), Cdo.único; de 1-V-1950 (Ar.851), Cdo.2; 5-II-1954 (Ar.135); 15-III-1955 (Ar.1004); 7-VI-1955 (Ar.1992); 14-X-1955 (Ar.2862).

(34)-Véase nota 12. Sin entrar en las diferentes versiones que ambos autores otorgan a la nota de Ajenidad (ajenidad "en el riesgo" y ajenidad "en los frutos", respectivamente), conviene señalar aquí, desde nuestro tema de investigación, que la segunda versión, mantenida por **ALONSO OLEA**, y seguida, entre otros, por **MONTALVO CORREA**, será la que mejor explique la divergencia entre objeto y causa en el contrato del trabajo y de la se deriven el resto de construcciones doctrinales sobre la misma: bien se utiliza como causa de otras dos ajenidades (ajenidad en los riesgos - mantenida por **BAYON CHACON** y, posteriormente, por **DE LA VILLA**; ajenidad "en la utilidad patrimonial" -defendida por **MONTOYA MELGAR-**); bien como consecuencia de otras dos ajenidades previas (ajenidad "en la titularidad de los medios de producción" -defendida por **ALBIOL MONTESINOS-** y ajenidad "en el mercado" -teoría de **ALARCON CARACUEL**)

(35)-**RODRIGUEZ-PIÑERO, M.:** "La dependencia y la extensión...", cit., pág.158, siguiendo a **SINZHEIMER, H.:** Crisis económica y Derecho del Trabajo; traducción y estudio preliminar por **VAZQUEZ MATEO**; IELS, Madrid, 1984, págs.75-77.

Este concepto de dependencia, depurado de sus connotaciones con la relación de servicios fiel germánica, se mantiene posteriormente por autores defensores de la nota de ajenidad como elemento determinante, considerando que así entendida la dependencia no es más que uno de los aspectos de la ajenidad, en concreto de la "ajenidad en el acto de producción o ajenidad en el proceso de producción". Así:

MONTALVO CORREA, J.: Fundamentos... cit., pág.222 la define como "subordinación del trabajador a la ordenación del esfuerzo laboral por el acreedor de trabajo en vista de los resultados que él pretende".

ALARCON CARACUEL, M.R.: "la ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", R.E.D.T., nº.28, 1986, pág.524, la entiende como "sometimiento del trabajador a una facultad empresarial consistente en el permanente poder de especificación del objeto del contrato, esto es, en la posibilidad de determinar continuamente la forma en que la fuerza de trabajo se ha de traducir en actividad laboral útil para alcanzar los objetivos

empresariales"; queda patente en este autor la relación entre dependencia y el objeto (no la causa) del contrato de trabajo.

Otros autores posteriores partidarios de la dependencia son: **CABRERA BAZAN, J.:** "Contrato de trabajo y contrato de sociedad", R.P.S., nº54, 1962, pág.82; **GARATE CASTRO:** "Sobre el carácter esencial de la dependencia", R.P.S., nº.145, 1985, pág.181-182; **DIEGUEZ CUERVO, G.:** op.cit., pág.41, para quien la dependencia es "la posibilidad última de control o interferencia" por el empresario en la actividad del trabajador; se advierte en este autor la influencia de la doctrina anglosajona de la primera época; véase **BATT:** Law of Master and Servant; Londres, 5ª edic., 1967, pág.8

(36)-Entendiendo por causa la función económico-social típica tutelada por el ordenamiento jurídico (**BETTI, E.:** Teoría General del Negocio Jurídico; 2ª edic., Edit.Rev.Der.Prvdo, Madrid, 1959, traducción de MARTIN PEREZ, A., pág.152), la misma traduce jurídicamente la nota de ajenidad en sus diferentes versiones o, en palabras de **ALARCON CARACUEL, M.R.:** op.ul.cit., pág.541., "tanto el elemento de la ajenidad en los frutos como el de ajenidad en el mercado (en cuanto concepto-resumen de ala ajenidad en la utilidad patrimonial y la ajenidad en el riesgo"; como sabemos, teorías todas que coinciden en afirmar la relación entre ajenidad y la causa del contrato de trabajo. Ahora bien, mientras la primera (ajenidad en los frutos) considera que la causa del contrato de trabajo está dentro del propio contrato, para el resto la misma está fuera de él.

(37)-Esta distinción, en **MONTOYA MELGAR, A.:** Sobre la esencia del Derecho del Trabajo; Est.Sociales; Publicac. de la Esc.Soc. de Murcia, 1972, pág.12; también **DE LA VILLA, L.E.:** "Apuntes sobre el concepto...", cit., pág.13; **ALARCON CARACUEL, M.R.:** op.ult.cit., pág 540

(38)-**PEREZ BOTIJA Y DE LA VILLA, L.E.:** "la dependencia es esencial para la existencia de contrato de trabajo"; Rev.Leg.Jur., Tomo XLIX, Nª.5, 1964, pág.672

(39)-**DE LA VILLA, L.E.:** "En torno al concepto de Derecho español del Trabajo", R.T., nº.26, 1969, pág.112; también del mismo autor: "Apuntes sobre el concepto...", cit., págs.7 y 12 considera que dependencia es "la puesta a disposición de una energía personal de trabajo organizada -cabe decir, dirigida y controlada mediata o inmediatamente, directa o indirectamente- por la persona, física o jurídica, para la que tal energía se presta". Y otorga a la ajenidad un significado próximo a la teoría de la ajenidad en los riesgos y derivado de la ajenidad en los frutos: trabajar por cuenta ajena, afirma el autor, "supone que

una persona ceda a otra sus derechos sobre el trabajo incorporable al producto, mediante la garantía de un beneficio económico determinado o determinable"

Para **MONTOYA MELGAR, A.**: El poder de dirección..., cit., págs. 66 y ss; del mismo autor: "Sobre la esencia..." cit., págs. 12.13, la dependencia es "el sometimiento del trabajador a los poderes del empresario", es decir, la atribución al empresario "del poder de disponer" del trabajo. Mientras la ajenidad (en relación a la finalidad principal) se entiende por el autor como "ajenidad en la utilidad patrimonial", es decir, como "atribución al empresario de la utilidad patrimonial del trabajo".

(40)-Así, desde la ajenidad:

.**ALONSO OLEA, M.**: "Entorno al concepto...", cit., pág. 133, para quien se trata de "contratos de trabajo incluidos dentro de la definición genérica que de los mismo se da en el art. 1º de la L.C.T. (de 1944), pero exceptuados de su normativa"; precisamente la exclusión legal del art. 7º y su interpretación jurisprudencial son utilizadas por el autor para negar genéricamente valor a la nota de dependencia. Con respecto a esta nota, y desde la figura del personal directivo, argumenta que "el trabajo directivo es un trabajo tan o tan poco dependiente como pueda serlo el no directivo"; en el mismo sentido, en La materia contenciosa-laboral; Madrid, 1967, pág. 54.

.**BAYON CHACON, G.**: "El ámbito de aplicación...", cit., pág. 18

.Años después mantendrán esa misma opinión: **MONTALVO CORREA, J.**: Fundamentos..., cit., pág. 222 y 225; **FERNANDEZ RUIZ, J.L.**: "Problemática de los cargos directivos de las empresas a la luz del Derecho laboral y de la Seguridad Social", R.I.S.S., nº. 6, 1975, pág. 1425.

-Desde la posición doctrinal intermedia: **MONTOYA MELGAR, A.**: El ámbito personal..., cit., págs. 92-94; **DE LA VILLA, L.E.**: "Apuntes sobre el concepto...", cit., pág. 67

-Desde la dependencia: **RODRIGUEZ-PÍÑERO, M.**, no se pronuncia; **GARATE CASTRO**: "Sobre el carácter esencial...", cit., pág. 182, nota 17.

(41)-**ALMANSA PASTOR, J.M.**: "La exclusión de los altos cargos del Derecho del Trabajo español", R.P.S., nº. 71, 1966, pág. 34,

(42)-**DIEGUEZ CUERVO, G.**: Lecciones..., cit., pág. 51,

(43)-**FERNANDEZ MARCOS, L.**: "Jurisprudencia en torno...", cit., pág. 179

(44)-Esta distinción ya se aprecia en sentencias que

hemos incluido en la denominada Primera etapa de la evolución; ahora bien, no se aplica. Vid., como ejemplo, STS (Social) 7-VI-1946 (Ar.769), Cdo.3º.

(45)-Ejemplos numerosísimos; entre ellos, pueden señalarse las siguientes sentencias del T.S.: 10-IV-1959 (Ar.1254), Cdo.1º; 29-V-1959 (Ar.2967), Cdo.2º; 23-XI-1959 (Ar.4206), Cdo.2º; 5-III-1960 (Ar.1079), Cdo.1º; 28-III-1960 (Ar.1504), Cdo.único; 20-III-1961 (Ar.1642), Cdo.único; 21-I-1964 (Ar.460), Cdo.5º; 15-VI-1964 (Ar.2958), Cdo.2º; 13-IV-1966 (Ar.1719), Cdo.2º y 3º; 8-IV-1968 (Ar.1789), Cdo.2º; 15-II-1973 (Ar.692), Cdo.3º; 20-III-1973 (Ar.1120), Cdo.3º

(46)-STS de 14-II-1966 (Ar.1273), Cdo.único

(47)-SSTS 23-XI-1959 (Ar.4206), Cdo.2º; 4-II-1960 (Ar.183), Cdo.2º; 21-I-1964 (Ar.460), Cdo.5º; 22-V-1964 (Ar.2871), Cdo.1º; 4-III-1965 (Ar.2067), Cdo.3º; 13-IV-1966 (Ar.1719), Cdo.3º; 8-IV-1968 (Ar.1789), Cdo.2º; entre otras muchas.

(48)-SSTS 4-II-1960 (Ar.183), Cdo.2º; 21-I-1964 (Ar.460), Cdo.5º; 13-IV-1964 (Ar.2957), Cdo.2º; 13-IV-1966 (Ar.1719), Cdo.2º

(49)-SSTS de 8-I-1960 (Ar.156), Cdo.1º; 28-III-1960 (Ar.1504), Cdo.único; 8-VI-1970 (Ar.3064).

En relación con otros indicios de la dependencia económica, vid., STS 15-XII-1965 (Ar.5786), en la que se afirma que la fijación de una jornada laboral regular y uniforme ya no es indicio de esa dependencia.

(50)-SSTS 4-II-1960 (Ar.183), Cdo.2º; 27-III-1973 (Ar.1270), Cdo.1º. Entre estos servicios, se han venido señalando los siguientes: Jefe de fabricación (STS 29-V-1959 -Ar.2967, Cdo.2º); Director Técnico (STS 8-I-1960 -Ar.156, Cdo.2º); Director realizador de películas (STS 7-III-1960 -Ar.1083, Cdo.2º); Director Administrativo (STS 28-III-1960 -Ar.1504, Cdo.único); Director de Sucursal bancaria (STS 4-III-1965 -Ar.2067, Cdo.2º), etc.

(51)-STS 4-II-1960 (Ar.183), Cdo.2º

(52)-STS 7-III-1960 (Ar.1083), Cdo.3º

(53)-STS 8-IV-1968 (Ar.1789), Cdo.2º

(54)-**BAYON CHACON, G.:** "El concepto de dependencia...", cit., pág.456

(55)-STS 8-IV-1968 (Ar.1789); vid. el concepto de dependencia formulado por **MONTOYA MELGAR, A.** (nota 39 y obras allí citadas)

(56)-SSTS 13-IV-1966 (Ar.1719), Cdo.3º; 15-II-1973 (Ar.692), Cdo.3º; 20-IV-1973 (Ar.1120), Cdo.3º

(57)-**PEREZ BOTIJA Y DE LA VILLA, L.E.**: "La dependencia es esencial...", cit., pág.673; **CABRERA BAZAN, J.**: "Límites materiales y formales al ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo", R.P.S., nº71, 1966, pág.49

(58)-**ALONSO OLEA, M.**: "En torno al concepto...", cit., pág.132

(59)-STS 28-III-1960 (Ar.1504), Cdo.único. Aunque en algunas sentencias se hable de "cargos exceptuados" de la legislación laboral (STS 22-V-1964 -Ar.2871, Cdo.1º).

Contradicción jurisprudencial en la STS 16-V-1975 (Ar.2592), en la que, por un lado, se dice que el contrato que une al empresario con un lato cargo es un contrato de trabajo (se dan las notas caracterizadoras de dependencia y remuneración) y, por otro, que queda excluido del ordenamiento laboral (art.7º LCT de 1944).

La Jurisprudencia parece hacerse eco de la existencia de ese criterio doctrinal en STS 22-VI-1966 (Ar.3854), en la que se expone que existe un sector doctrinal "que entiende, por el contrario, no tratarse de relaciones extralaborales per se (las del art.7º LCT de 1944), sino, más bien, de relaciones genuinamente laborales, exceptuadas, sin embargo, del ámbito del Derecho del Trabajo".

(60)-SSTS de 29-V-1959 (Ar.2967), Cdo.2º; 8-I-1960 (Ar.156), Cdo.2º; 4-II-1960 (Ar.183), Cdo.2º

Se compagina, pues, en la jurisprudencia dos elementos en lo que basar la exclusión del alto directivo de la legislación laboral; a saber, la falta de dependencia en su trabajo, ahora derivada de las funciones de dirección a él asignadas y por él ejercidas. O, en propia expresión jurisprudencial, que "esas funciones de dirección...no son compatibles con las relaciones subordinadas y dependientes que caracterizan...el vínculo laboral" (STS 30-V-1974 -Ar.2350).

Y, segundo elemento, la especialísima relación de confianza que une al alto directivo con el empresario; elemento este que, como tendremos ocasión de analizar posteriormente, es el utilizado por el legislador para caracterizar la relación laboral especial del personal de alta dirección. Vid., en este sentido, STS 24-X-1968 (Ar.4679), que es la primera sentencia que fundamenta de este modo la exclusión; vid., posteriormente, entre otras, SSTS 22-XII-1971 (Ar.4933), 16-V-1975 (Ar.2592), 9-II-1981 (Ar.665), 25-XI-1981 (Ar.4600), 16-IX-1982 (Ar.5019). Téngase en cuenta que si la confianza es el elemento de exclusión, tal y como afirma la jurisprudencia, "la norma delega a la plena discreción subjetiva del empresario su apreciación y el mantenerlo

o no.." (STS 9-II-1981, Ar.665).

La conjunción de ambos elementos de exclusión (funciones y confianza) en STS 26-X-1981 (Ar.4040).

(61)-**BORRAJO DACRUZ, E.:** "Altos cargos..., cit., pág.47

(62)-STS de 23-XII-1954 (Ar.3129); 11-I-1967 (Ar.636); (sala

4ª), 29-IV-1970 (Ar.2407); 14-X-1978 (Ar.3119)

La falta de dependencia se hace derivar por la jurisprudencia de los datos siguientes: unas veces porque, a su entender, falta la subordinación al poder organicista y rector de la empresa; en este sentido, vid., SSCT 7-VI-1983 (Ar.6598); 15-XI-1983 (Ar.9652); 16-XII-1983 (Ar.10986); 12-I-1984 (Ar.168); 4-IV-1984 (Ar.3172); 6-XI-1984 (Ar.8397); 28-XI-1984 (Ar.9007); 4-VI-1985 (Ar.3737); 5-VI-1985 (Ar.3761); 23-X-1985 (Ar.5707); 13-II-1986 (Ar.874); 26-II-1986 (Ar.1247); 4-III-1986 (Ar.1417).

Otras veces la falta de dependencia se hace derivar de alguno de sus indicios. Por ejemplo, falta de jornada y horario fijo, SCT 12-VI-1985 (Ar.3898). Desempeño del trabajo fuera del lugar de la empresa, SCT 15-I-1986 (Ar.209).

Otras veces, la falta de dependencia se hace derivar de otros elementos o notas caracterizadoras del contrato de trabajo. En este sentido, por ejemplo, del carácter intuitu personae del contrato de trabajo, que se afirma falta en el arrendamiento de servicios; Vid., SSCT 15-X-1983 (Ar.8487); 15-XI-1983 (Ar.9652); 16-XII-1983 (Ar.10986); 13-I-1984 (Ar.218); 6-XI-1984 (Ar.8397).

En fin, también se ha utilizado el dato de la falta del elemento de la ajenidad, aunque siempre unido a la falta de dependencia; vid., SSCT 10-VI-1983 (Ar.5478); 10-XII-1985 (Ar.6850)

(63)-**ALARCON CARACUEL, M.:** "La ajenidad en el mercado...", cit., pág.540, mota 127, y pág.542, para quien la causa del arrendamiento de servicios coincide con el objeto y se traduce en el intercambio del servicio por renta, mientras la causa del contrato de trabajo es la obtención-realización de una plusvalía y no se corresponde con el objeto, que también es diferente al del arrendamiento de servicios (intercambio de trabajo por salario).

Para esta autor la causa del contrato de trabajo traduce el elemento de ajenidad, que es el que le caracteriza, entendida ésta como ajenidad en el mercado, que no puede compartir con el arrendamiento de servicios, en cuanto es algo específico de la producción capitalista, en que tal contrato de inserta.

(64)-**DE LA VILLA, L.E.:** "En torno al concepto del Derecho español del trabajo", R.T., nº 26, 1969, pág.113, para quien "sólo quien trabaja por cuenta ajena es sujeto del Derecho del Trabajo. La ajenidad no puede con-

fundirse con la alteridad: ésta se presenta cuando quien trabaja entra en contacto con otra persona, justamente por razón de su trabajo. ...(puede) haber alteridad y no ajenidad, caso del trabajo por cuenta propia con asunción de riesgos o, si se prefiere, sin anticipada cesión de frutos...(así ocurre)...en los arrendamientos de servicios civiles...en los que existe relación de alteridad, pero no relación de ajenidad".

Una crítica a esta postura en **ALONSO GARCIA, M.:** Curso de Derecho del Trabajo, 8ª edición; Edit. Ariel, Barcelona, 1982, pág.71-72

Esta teoría es utilizada por **ALARCON CARACUEL** para sostener su postura sobre la ajenidad en el mercado, es decir, "que el productor directo es jurídicamente ajeno a los consumidores de sus -que no son suyos- productos, sean éstos bienes o servicios" ("op.ul.cit, pág.499), por lo que para el autor sólo existe ajenidad si existe, así mismo, un "capitalista" (empresario) "que se interponga jurídicamente entre el trabajador y el consumidor, que cobrará el precio de ese bien o de ese servicio, que habrá pagado un salario y que procura realizar un beneficio" (pág.500); de ahí que este autor vea la causa del contrato de trabajo fuera del mismo y referida exclusivamente al empresario. Para él el concepto de trabajador no existe, sólo de forma refleja; a su entender las relaciones laborales nacen "cuando un tercero (empresario) se interpone entre trabajador y cliente, rompe...aquella relación jurídica y anuda en su lugar: a)una relación jurídica entre él mismo y el trabajador (la que nace del contrato de trabajo), y b)posteriormente, nacerán otras relaciones jurídicas...entre ese empresario y sus clientes" (pág.515).

Una dura crítica a esta teoría en **DEL VALLE, J.M.:** "Evolución doctrinal sobre el concepto...", cit.; págs. 91-92

(65)-Así, **ALONSO OLEA, M.:** Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social; Edit.Civitas, T.II, 1984, pág.71, para quien "la cuestión es puramente semántica"; **MONTALVO CORREA, J.:** Fundamentos..., cit., págs.222 y 252-253; **MONTOYA MELGAR, A.:** Derecho del Trabajo; 9ª edic; Edit. Tecnos; 1988, pág.260; **SALA FRANCO y otros:** Derecho del Trabajo; 4ªedic; Edit. Tirant lo blanch; Valencia, 1989; pág.281; **CAMPS RUIZ, L.M.:** "Comentario al art.1º del E.T. Ambito de aplicación", en El E.T. Comentarios a la ley 8/1980. de 10 de marzo; Edit.Edersa; Madrid, 1981, pág.23.

(66)- Así, entre otras muchas, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 19-I-1987 (Ar.59), F.D.3º; de 30-XI-1987 (Ar.8085); de 22-XII-1987 (Ar.9009); de 31-V-1988 (Ar.4998); 27-VI-1988

(Ar.5470); de 30-VI-1988 (Ar.5470); 13-XI-1989 (Ar.8041), conforme a la cual "la dependencia..., entendida ésta en el sentido de obediencia a las órdenes e instrucciones del empresario para la ejecución del contrato..., (es la nota) que singulariza el contrato de trabajo distinguiéndolo de otro tipo de relaciones jurídicas".

Y del T.C.T., pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias, 15-I-1986 (Ar.209), F.D.Unico; 4-IV-1986 (Ar.1427); 28-XI-1986 (Ar.12688); 7-IV-1989 (Ar.2832); 7-IV-1989 (Ar.2834); 17-V-1989 (Ar.3527), 19-V-1989 (Ar.3943)

(67)-**CASTAN**: Derecho Civil español común y foral; Tomo IV, 12ªedic; Edit.Reus, Madrid, 1985, págs.467-469, clasifica los contratos que tienen por objeto el trabajo o servicios de gestión en : contrato de arrendamiento de servicios, contrato de trabajo, empresa, transporte, mandato, corretaje y pública promesa

(68)-En el mismo sentido, **DEL VALLE, J.M.**: "Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador...", cit., págs.91-92.

(69)-**MONTALVO CORREA, J.** (Fundamentos..., cit. pág.252-253) entiende que el contrato de trabajo se utiliza para hacer referencia "a aquellos arrendamientos de servicios en los que se arriendan personas precisadas de una especial protección".

Sobre las razones de la aparición del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma en esta época, véase, por todos, **ALONSO OLEA, M.**: "La revolución industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo", en R.T., nº36, separata, pág.3 y ss; vid., así mismo, del mismo autor, Introducción al Derecho del Trabajo, 4ª edic., Edit.Edersa.

Desde la doctrina civilista, **ALBALADEJO, M.**: Derecho Civil, Tomo II, Vol.2º, 7ªedic.; Edit.Bosch; 1982, pág.290, estima que la existencia del contrato de trabajo y su legislación ad hoc se debe "a que las exigencias sociales han venido requiriendo nuevas reglas, inspiradas en criterios nuevos, para aregular las relaciones entre quienes reciben trabajo ajeno y los que lo realizan"

(70)-La Jurisprudencia civil parece haber advertido la contradicción expuesta en el alto directivo, por eso, no intenta justificar su inclusión en el arrendamiento de servicios regulado por el Código civil en la ausencia de dependencia en su trabajo, sino, simplemente por la falta de regulación "ad hoc" de esta relación laboral especial hasta la entrada en vigor del R.D.1382/1985, de 1 de agosto; es decir, por una cuestión de Derecho transitorio.

Vid., en este sentido y sin entrar ahora en la

cuestión de la más o menos acertada calificación del trabajo concreto como personal de alta dirección, STS (Civil) 20-VII-1989 (Ar.5768), para el supuesto de consejero-director general de una sociedad anónima; STS (Civil) 21-II-1991 (Ar.1586), para el supuesto de Director de Periódico.

(71)-Véase, por todos, **BAYON CHACON, G.:** "El concepto de dependencia...", cit., págs.461 y ss, quien utiliza esta sentencia para criticar duramente la posición jurisprudencial favorable al criterio de la dependencia como delimitador de las relaciones laborales.

Ahora bien, conviene mencionar que esta sentencia, no sólo habla de dependencia, sino también de ajenidad; por lo que, tal vez implícitamente, el autor, al darse cuenta de la negación de valor de la ajenidad, como posible nota delimitadora entre contrato de trabajo y arrendamiento de servicios, concluya que "el Derecho del Trabajo debe llegar a ser un Derecho de la prestación de profesional, de servicios de todo tipo" (pág.467), adelantándose así a la futura evolución legislativa y jurisprudencial. En el mismo sentido, del mismo autor: "Del contrato de trabajo al contrato profesional de servicios", en Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo; Univ.de Madrid, Fac.de Derecho; Madrid, 1965, págs.367-368

También utiliza esta sentencia para criticar la nota de dependencia **MONTALVO CORREA, J.:** Fundamentos..., cit., pág.219, nota 105.

En la actualidad, aunque tímidamente, existe doctrina jurisprudencial que mantiene la postura de esa sentencia; y, lo que es más importante, reconociendo que es hoy el contrato de trabajo el que adquiere plena funcionalidad jurídica gracias a la presunción del art.8º.1 del E.T.; STS de 31-III-1987 (Ar.1763), F.D.4º.

(72)- De ahí que durante la vigencia de la L.C.T. de 1944, al igual que el trabajo prestado por el personal directivo, se entendiese objeto de arrendamiento de servicios regulado por el Código civil mientras durase la exclusión (en opinión de la doctrina, excepción) legal.

En contra de la opinión mayoritaria, **ALARCON CARACUEL, M.R.:** "La ajenidad en el mercado...", cit., págs.511-513, para quien en el servicio doméstico no hay ajenidad (aunque sí alteridad) porque no existe un capitalista, un intermediario diferente al consumidor: "el servidor doméstico trabaja para otra persona, pero no por cuenta de esa persona para otra". Con lo que parece que para el autor es necesario que el empresario, desde el punto de vista jurídico laboral, deba tener ánimo de lucro.

Vid., también, STCo.26/1984, de 26 de febrero (BOE de 9 de marzo) donde se plantea la cuestión de la calificación del contrato de servicio de hogar familiar

como especial de trabajo o como arrendamiento de servicios.

(73)-**SALA FRANCO y otros:** Derecho del Trabajo, cit. pág.281.

(74)-**MARTIN VALVERDE, A.:** "El discreto retorno del arrendamiento de servicios", en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudio ofrecido por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea; Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pag.235

(75)-Véase **MARTINEZ GIRON, J.:** La contratación Laboral de los Servicios Profesionales; servicio de publicaciones e intercambio científico de la Univ. de Santiago de Compostela, 1988. Págs.33 y ss; 79 y ss.; **MONTALVO CORREA, J.:** Fundamentos..., cit.pág.222.

La Jurisprudencia, a la hora de examinar la naturaleza jurídica de la relación entre un profesional liberal y la persona a quien presta sus servicios (cliente), plantea la opción entre arrendamiento de servicios y contrato de trabajo, derivada de la no presencia o presencia de la nota de dependencia (SSTS, Sala 6ª de 11-I-1967 (ar.636), 11-II-1970 (ar.674); en la actualidad, STS de 18-XII-1987 (ar.8975) y SSCT de 4-XII-1986 (ar.13149), 24-XII-1987 (ar.3912), (Civil), de 7-II-1988 (Ar.1559). Es curioso que en el intento jurisprudencial de delimitación entre ambos contratos a partir de la dependencia, se utilicen, de nuevo, los índices o formas de manifestación de la misma para comprobar si esa nota existe o no existe en la prestación de servicios profesionales (así, SSTS de 31-III-1987 (ar.1763); 13-VI-1988 (ar.5272); 30-VI-1988 (ar.6042); véase, así mismo, el Informe elaborado por Dictamen y Asesoría, S.A.: "Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas; el caso de los bufetes de abogados", publicado en R.T., nº92, 1988, págs.186-189, en el que se estudian esos índices o signos).

Por otra parte, la Jurisprudencia también ha negado, ahora desde la remuneración, la existencia de un contrato de trabajo cuando la misma se realiza por acto; así, SCT de 12 de febrero de 1986 (ar.843). Véase, **MARTINEZ GIRON, J.:** La contratación laboral...cit, págs.55 y 56.

(76)-Así se ha advertido por los autores que han estudiado en profundidad esta doctrina jurisprudencial. Vid., **MONTOYA MELGAR, A. y CAMARA BOTIA, A.:** Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo; Edit.Tecnos, Madrid, 1990, en especial pág.15 y ss.

MARTIN VALVERDE, A.: op. ult. cit., pág.229 y ss

(77)-Un estudio de estos preceptos, en **LENEL, O.:** "Mandato y Poder", Rev.D .Prvdo, nº.135, 1924, pág.369

y ss.

(78)-**DIEZ-PICAZO, L.:** La representación en el Derecho Privado; Edit.Civitas, Madrid, 1979; págs.66, 67 y 297, entre otras.

(79)-La expresión "auxiliares dependientes del comerciante" o auxiliares del comerciante en sentido estricto, fue acuñada por la doctrina mercantil ante la ausencia en la legislación de un término que identificase conjuntamente a factores, dependientes y mancebos. Así, **GARRIGUES, J.:** "Auxiliares del comerciante" (Rev.Der.Prvdo., Nº.199, 1930; págs.97 y 98); también en Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, 7ªedición; Madrid, 1976; págs.658-659. **MENENDEZ MENENDEZ, A.:** "Auxiliares del empresario" (R.D.M., Nº 72, 1959; págs.269-271). **GIRON TENA, J.:** Apuntes de Derecho Mercantil. La Empresa (I), Univ.Complutense, Facultad de Derecho; Madrid, 1977-78; pág.150. **VICENT CHULIA, F.V.:** Compendio crítico de Derecho Mercantil, Tomo I, 2ª edición, Barcelona, 1986; pág.168. **URIA, R.:** Derecho Mercantil, 14ª edición; Madrid, 1987; pág.47-48.

(80)-Así lo confirma el legislador y la doctrina.

Desde el punto de vista legal, el artículo 244 del C.de co. establece: "Se reputará comisión mercantil el mandato cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador de comercio el comitente o el comisionista"

Desde el punto de vista doctrinal, gran parte de la doctrina mercantilista española de principios de siglo pretendió diferenciar comisión y mandato desde el elemento de la representación, estimando que ésta es consustancial al mandato e incompatible con la comisión. En este sentido, **GONZALEZ ECHEVARRI, J.M.:** Comentarios al Código de Comercio español, Tomos I y II, Valladolid, 1925, pág.10; **VICENTE Y GELLA, A.:** Derecho Mercantil comparado, 4ª edición, Zaragoza, 1960, pag.430.

Esta posición está basada en la doctrina italiana sobre el Código de Comercio italiano de 1882 (artículos 349 y 380), que diferenciaba mandato mercantil y comisión desde el elemento de la representación; vid., **LUMINOSO, A.:** Mandato, commissione, spedizione; en Trattato de Diritto Civile e Commerciale, dirigido por CICU, A. y MESSINEO, F.; Tomo XXXII, Edit.Giuffrè, Milano, 1984, págs.42 (nota 2), 59 y 598.

En contra de esta doctrina, **GARRIGUES, J.:** "Mandato y comisión mercantil en el Código de Comercio y en el Proyecto de Reforma", R.C.D.I., nº47, 1928, pág.807, para quien ambos contratos (comisión y mandato) son idénticos en su contenido.; ésta es, precisamente, la posición adoptada por la doctrina mercantilista actual.

(81)-Vid., en este sentido, **LANGLE, E.:** Manual de Derecho Mercantil español, Tomo I, cit., pág.757, para quien el contrato que une al auxiliar con su principal es un mandato retribuido

(82)-Conforme al artículo 281 del C.de co., "el comerciante podrá constituir apoderados o mandatarios generales o singulares para que hagan el tráfico en su nombre y por su cuenta en todo o en parte, o para que le auxiliien en él".

Esta equiparación legal entre apoderados y mandatarios ha sido criticada por la doctrina mercantilista, que estima tratarse de una regulación equivocada por confundir la relación interna (mandato, según la legislación; contrato de trabajo, según la doctrina) y la relación externa de representación o poder de representación; en este sentido, **GARRIGUES, J.:** "Auxiliares del comerciante", cit., pág.103 y **SANCHEZ CALERO, F.:** Instituciones de Derecho Mercantil, cit., pág.134

(83)- **GARCIA-VALDECASAS, G.:** "La esencia del mandato" (R. D. Prvdo. N°331, 1944; pág.770)

(84)-**MINERVINI, G.:** El mandato. La comisión. El contrato de comisión de transporte. Traducc.española por Peré Raluy, J.; Edit.Bosch; Barcelona, 1959. Pág.36.

De sustitución habla la SCT de 15-XII-1987 (Ar.28248)

(85)-**BORRAJO DACRUZ, E.:** "Auxiliares del comerciante en Derecho Español" (R.D.M. N° 63 y 64; 1957; Pág.30)

En el mismo sentido, **DIEZ-PICAZO, L.:** La representación en el Derecho Privado; cit., págs.35-38 y 65, para quien hay que distinguir "la relación representativa de la relación originante de la representación".

(86)-**DIEGUEZ CUERVO, G.:** Lecciones de Derecho del Trabajo, cit., pag.43 y 51

(87)-Vid., entre otros, **GARRIGUES, J.:** "Auxiliares...", cit., págs.99-101; **MENENDEZ MENENDEZ, A.:** "Auxiliares...", cit., pag. 273; **URIA, R.:** Derecho mercantil, cit. pág.48. **MINERVINI, G.:** El mandato..., cit., pág.46; **LENEL, O.:** op.ul.cit., págs.369 y ss.; **GARCIA-VALDECASAS, G.:** "La esencia del mandato", cit., pág.769, 771-773; **DORAL, J.A. y DEL ARCO, M.A.:** El negocio jurídico, Edit.Trivium, Madrid, 1982. Págs.312-313.

(88)-STS (Sala 1ª) 16-II-1935: "no es posible ya, en fase actual de evolución de las ideas jurídicas, comprender las ideas de representación (concepto

jurídico netamente formal) y mandato (relación material de la gestión), perfectamente deslindadas por la doctrina científica a partir de LABAND, y por la misma jurisprudencia de esta Sala, ni cabe considerar la distinción como meramente académica y sin trascendencia práctica, pues aun cuando los poderes van ligados a una relación jurídica interna, constituida de ordinario por un contrato de mandato, ni es esencial que coincidan ni siempre son idénticos los principios y normas a que respectivamente han de ligarse el poder y la manifestación jurídica obligatoria que dabase a su otorgamiento". También SSTs (Sala 1ª) de 22-V-1942 1-XII-1944; (Social), STS 15-XII-1965 (Ar.5786); en la actualidad, STS (Civil), de 1-III-1988 (Ar.1541), que acepta claramente la distinción doctrinal entre mandato y representación (F.D. 2ª).

(89)-Son autores españoles partidarios de esta posición, CASTAN TOBENAS y ALBALADEJO, entre otros; véase una exposición de autores, españoles y extranjeros, en **DIEZ-PICAZO, L.: La representación...**, cit., pags.57 y 58

Añádase a los autores citados, desde la doctrina italiana, **MINERVINI, G.: El mandato...**, cit., pág.46; **LUMINOSO, A.: Mandato, commissione, spedizione**; cit., pág.141

(90)-Esta es la posición que adopta **DIEZ-PICAZO, L.: La representación...**, cit., págs.45 a 48, 64 y 47; de ahí que este autor defina la representación frente a otros supuestos de gestión de asuntos ajenos (entre ellos, el mandato) como "aquella situación jurídica en la cual una persona presta a otra una cooperación mediante una gestión de sus asuntos en relación con terceras personas"

(91)-Así se ha venido admitiendo tradicionalmente por la jurisprudencia social, para quien la representación no desnaturaliza la relación laboral. Vid., entre otras, SSTs 5-VI-1953 (Ar.1877), 24-XI-1954 (Ar.2785), 29-V-1958 (Ar.1953), 22-V-1964 (Ar.2871); 4-III-1965 (Ar.2067); 15-XII-1965 (Ar.5786), 20-XII-1965 (Ar.5793), 28-IV-1966 (Ar.2211), 13-III-1967 (Ar.1114); 30-VI-1967 (Ar.3089), 21-V-1968 (Ar.2819), 15-XI-1968 (Ar.4727); 5-VII-1969 (Ar.3797), 24-IX-1969 (Ar.4595), 19-XII-1975 (Ar.4798), 19-IX-1980 (Ar.3474), 25-XI-1981 (Ar.4600), 15-XI-1982 (Ar.6702). También, SSCT 21-XII-1982 (Ar.7530), aunque parece confundir mandato y representación

En contra, STS 4-V-1979 (Ar.1903), conforme a la cual el apoderamiento presupone la exclusión del nexo laboral.

En la doctrina, vid., **LUMINOSO, A.: Mandato, commissione, spedizione**; cit., pág.36

(92)-Véase autores citados en, supra, nota 79

(93)-Esta es la asimilación que lleva acabo la jurisprudencia entre alto cargo genérico y el factor mercantil; por eso, calificado éste de apoderado general, se califica así también al alto cargo. En definitiva, el alto cargo es un mandatario puesto que el mandato (poder) "es tan amplio y completo que rebasa los límites puramente profesionales para conferir al mandatario la rectoría o dirección del negocio o industria, con facultades dispositivas y de mando suficientes para que pueda obrar con libertad de criterio en la dirección y desenvolvimiento del negocio, con base en su preparación y según las circunstancias le aconsejen, sin dependencia del titular de la empresa y sin otra vinculación a la misma que la derivada de su competencia, buena fe y acierto que fueron sin duda la base de la confianza en él depositada..." (STS de 10-XI-1965 (Ar.4842); también STS 25-XI-1965 (AR.1966, 344)).

Se califica al alto cargo de apoderado general y factor mercantil en SSTs 28-III-1951 (Ar.681), 24-XI-1976 (Ar.1072), 16-III-1978 (Ar.998); se le califica como mandatario en STS de 16-II-1951 (Ar.336), SCT de 3-XI-1980 (Ar.5528)

(94)-Una exposición general de esos elementos en STS (Sala 6ª) de 10-V-1950 (Ar.1032).

(95)-STS (Social) 16-X-1990 (Ar.7690); en el mismo sentido, STS (Social), de 23-X-1989 (Ar.7310).

(96)-Vid., en este sentido, SSCT 2-XII-1987 (Ar.27017), 15-XII-1987 (Ar.28248).

También, SSTs (Social), 23-X-1989 (Ar.7310), 16-X-1990 (Ar.7690)

(97)-Esta diferencia puede verse en **GARCIA-VALDECASAS, G.:** "La esencia del mandato", cit., pág. 773 y ss; **MONTOYA MELGAR, A.:** Derecho del Trabajo, cit. pág.259.

(98)-Esta es la posición de **GARCIA-VALDECASAS, G.:** "La esencia...", cit. pág.775 y 773); posición ésta la más cercana al tenor literal del art.1709 del Código Civil, que habla de "prestar algún servicio o hacer alguna cosa".

(99)-Vid., en este sentido, **MONTOYA MELGAR, A.:** Derecho del Trabajo, cit., pág.263

(100)-Vid., en este sentido, **MINERVINI, G.:** El mandato..., cit., págs.29-30; **ALBALADEJO, M.:** Derecho Civil, Tomo II, Volumen segundo; cit., pág.319 y ss).

(101)- **GARRIGUES, J.:** "Auxiliares...", cit.; pág.98; **MENENDEZ MENENDEZ, A.:** "Auxiliares...", cit., pág.270; **RODRIGUEZ ARTIGAS, F.:** "Notas sobre el régimen jurídico

del Director General de la S.A.", en Estudios Jurídicos en Homenaje a J.Garriques; Tomo III; Edit.Tecnos, 1971; pág.130.

(102)-**MENENDEZ MENENDEZ, A.:** "Auxiliares...", cit., pág.270.

(103)-Esta es, precisamente la posición jurisprudencial actual; el problema se concreta en la diferenciación entre el sometimiento del mandantario a las instrucciones del mandante (artículo 1719 del Código civil) y la dependencia laboral, tal y como es definida legalmente en el artículo 1º.1 del Estatuto de los Trabajadores. Ante las dificultades de calificación y distinción, la jurisprudencia opta, nuevamente, por los elementos indiciarios de la dependencia (sometimiento a jornada, a horario, al régimen disciplinario del empresario...), entendiendo que la relación es mandanto y no contrato de trabajo cuando esos elementos no se dan en la relación jurídica; vid., en este sentido, SSTs 23-X-1989 (Ar.7310), 16-X-1990 (Ar.7690) y SCT 2-XII-1987 (Ar.27017).

(104)-**MONTOYA MELGAR, A.:** El poder de dirección..., cit., págs.206-207; también del mismo: "El ámbito personal ...", cit., pág.94.

(105)-**DIEGUEZ CUERVO, G.:** Lecciones de Derecho del Trabajo, cit., págs. 50 y 51.

(106)-Tímidamente, se advirtió por la doctrina mercantil que el factor mercantil o apoderado general no puede ser, sin más, asimilado al personal directivo laboral. Así, **MENENDEZ MENENDEZ, A.:** "Auxiliares...", cit., pág.278 y nota 12.

La relación Factor- personal directivo (en su nivel más alto) en la jurisprudencia, influyó en la terminología adoptada: la expresión de THOL, el "alter ego" del empresario, utilizada para definir al factor mercantil (véase, **HOENIGER, H.:** "El apoderamiento mercantil en Derecho alemán" -R.D.Prvdo., nº.184, 1929; pag.4-), se traspasa, sin mayor pudor, al lenguaje laboral, sin advertir que ese término cumple una función en el ámbito mercantil, que no cumple en el ámbito laboral. Terminología de la que se hace eco, incluso, la doctrina laboralista, aunque se enlaza más con la función que realiza que con el carácter de la representación.

(107)-Contradicción jurisprudencial en la STS de 16-V-1975 (Ar.2592), en la que, por un lado, se afirma que la relación que media entre el empresario y un alto cargo es una relación laboral (se dan las notas características, según la sentencia, de dependencia y remuneración); y, por otro, que dicha relación queda excluida del ordenamiento jurídico laboral.

De "total ausencia de dependencia" en el alto cargo habla la SCT de 24-I-1984 (Ar.3076).

(108)-Así, SSTS de 29-V-1959 (Ar.2967); 8-I-1960 (Ar.156); 20-III-1961 (Ar.2871). Para Director-realizador de películas, SSTS de 7-III-1960 (Ar.1083); 10-I-1968 (Ar.128); 7-IV-1975 (Ar. 1672); 9-III-1977 (Ar.1825), ésta última comentada por **VALDES DAL-RE, F:** "Altos Cargos", cit., pág.214.

No deja de causar extrañeza la tradicional exclusión de la legislación laboral del Director de Hotel, a quien, sin embargo, se denomina "director técnico" (así, SSTS de 25-V-1970 (Ar.2657); 2-V-1977 (Ar.2569); 30-VI-1986 (Ar.3758); 16-VII-1986 (Ar.4155). En la Jurisprudencia Constitucional se le califica como personal de alta dirección (incluido en el art.2º.1.a) del E.T.): STCo 49/1983, de 1 de junio; F.J.primer. (BOE de 17 de junio).

Las figuras de director realizador de películas, Director de Hotel, Director de Periódico, entrenadores deportivos etc..., serán estudiadas más adelante, donde se intentará encuadrarlos en la relación jurídica más acorde con la naturaleza de sus funciones.

(109)-STS de 4-II-1960 (Ar. 183); en el mismo sentido STS 8-I-1960 (Ar.156).

(110)-**ALONSO GARCIA, M.:** Curso de Derecho del Trabajo; Barcelona, 1964, pág.63; **PEREZ BOTIJA y DE LA VILLA, L.E.:** "La dependencia ¿es esencial...", cit., págs.674-675; **CABRERA BAZAN, J:** "Límites materiales y formales...", cit., págs.48-49; **FERNANDEZ MARCOS, L.:** "Jurisprudencia en torno al concepto...", cit., pág.179; **MONTALVO CORREA, J.:** Fundamentos ..., cit., pág.220.

En la Jurisprudencia, STS de 27-III-1973 (Ar.1270); para el personal de alta dirección, concretamente, vid. STS de 30-IX-1987 (Ar.6433), conforme a la cual "en la relación de alta dirección subsisten las características de ajenidad y de dependencia, aunque ésta marcadamente atenuada, propias de la relación laboral común que contempla el artículo 1º.1 del Estatuto de los Trabajadores"

(111)-En el mismo sentido, **AA.VV:** "Cargos Directivos", R.P.S., nº.96, 1972, pág.9.

Un claro ejemplo en las denominadas empresas ideológicas o de tendencia ("Tendenzbetrieb" en la terminología alemana). Así, en concreto, para Director de periódico, a quien la última jurisprudencia denomina personal de alta dirección, véase **BLAT GIMENO, F.R.:** Relaciones laborales en empresas ideológicas; Centro de publicaciones del M.T.S.S.; Madrid, 1986; págs.181 y ss. y STS de 21-IV-1978 (Ar.1557); SSCT de 10-III-1977 (Ar.1450) y 17-III-1987 (Ar.5923).

(112)-En la Jurisprudencia han sido (y siguen siendo) reiteradísimas las afirmaciones siguientes:

- "el requisito de la dependencia del productor a su patrono o empresario se halla en la actualidad muy atenuado" (así, SSTs de 22-XI-1963 (Ar.5083); 13-VI-1964 (Ar.2957); 18-VI-1964 (Ar.3381); 23-II-1965 (Ar.780); 4-III-1965 (Ar.2067)).
- "el concepto de dependencia (va) siendo suavizado o relajado por la moderna doctrina..." (STS de 21-I-1964 (Ar.460)).
- la dependencia ha de ser "entendida, no como una subordinación rigurosa y absoluta del productor a su patrono, sino que basta...que se halle comprendido en el círculo organicista, rector y disciplinario de aquél por cuya cuenta realice una específica labor..." (Así, SSTs 13-IV-1966 (Ar.1719); 15-II-1973 (Ar.692); 20-III-1973 (Ar.1120). En la actualidad, STS 18-XII-1987 (Ar.8975)).
- "no se ha de identificar dependencia con la vigilancia en la ejecución del servicio..., ni con la ingerencia patronal absoluta en el modo de llevar a término el servicio encomendado...; admitiendo la concurrencia de esta nota de manera flexible, siempre que se advierta, con mayor o menor relieve, según los casos, a través de un poder de mando en la empresa y de un correlativo deber de obediencia en el trabajador por cuenta ajena" (STS de 8-IV-1968 (Ar.1789)).

(113)-Véanse sentencias mencionadas en, supra, nota 66

(114)-Art.1º: "Todas las actividades laborales retribuidas que se realicen por cuenta y dependencia ajenas, salvo las excluidas expresamente en el art.2º, se considerarán incluidas en la presente Ley y demás normas reguladoras de las relaciones de trabajo".

Así mismo, en la Exposición de Motivos (Apartado II) se advertía que "el ámbito de aplicación material (de la Ley) se extiende a toda relación laboral por cuenta y dependencia ajenas...".

(115)-Esta expresión legal es coincidente con el criterio británico de la "integration test u organisation test", es decir, integración del trabajador en la organización del empresario, frente al "control test" (Cfr. **GALIANA MORENO, J.M.: El contrato de trabajo en el Derecho inglés**; Edit.Bosch, Barcelona, 1978; págs.31-38 y 42 y ss.)

(116)-Así, SSTs de 18-XII-1987 (Ar.8975); 31-V-1988 (Ar.4998); 9-X-1988 (Ar.7552).

Y que la expresión del art.1º del E.T. puede entenderse como definición legal de ese concepto flexible de la dependencia, se comprueba en las sentencias

siguientes: SSTS 19-I-1987 (Ar.59); 30-XI-1987 (Ar.8085); 17-V-88 (Ar.4238); 13-VI-1988 (Ar.5272); 19-IX-1988 (Ar.6916); 28-X-1988 (Ar.8173).

(117)-Así también para **MONTOYA MELGAR, A.:** Derecho del Trabajo, cit.,pág.342. Del mismo autor: "Dirección de la actividad laboral", en Comentarios a las Leyes Laborales, dirigidos por BORRAJO DACRUZ,E.; Edit.Edersa; Madrid, 1985. Pág.132

Como desarrollo de esa expresión legal en lo que se refiere al aspecto activo de ese poder dirección, el E.T. recoge las siguientes funciones, que corresponden al empresario, o persona en quien éste delegue, en virtud del contrato de trabajo:

- funciones ordenadoras, a través de órdenes e instrucciones (art.5º.c en relación con el art.20.1 d)
- funciones controladoras y de vigilancia (art.20.3 y 4)
- funciones disciplinarias (arts. 54 y 58)

(118)-**MONTOYA MELGAR, A.:** El poder de dirección...cit., pág.44

(119)-Vid., **BAYON CHACON, G.:** "Del contrato de trabajo al contrato profesional...", cit., pág.368, ya expresaba que la dependencia era sustituida "por el concepto de poder de dirección organizativa y ordenadora del negocio" y que la misma se convertía "en una recíproca interdependencia".

En la actualidad, **ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, MªE.:** Derecho del Trabajo, 11ª edic.revisada; Secc.de publicaciones de la Facultad de Derecho, U.C.M.; Madrid, 1989; pág.35.

Esta fórmula legal, en su aspecto pasivo, es objeto de desarrollo en el E.T, en el que se expresa, como deber del trabajador, el cumplimiento de las órdenes e instrucciones del empresario o persona en quien delegue (art.5º.c); es decir, obligación de realizar el trabajo convenido bajo la dirección de aquél (art.20.1)

(120)-**MONTOYA MELGAR, A.:** El poder de dirección...cit., págs.90-91, para quien "el poder de dirección es un factor natural de la relación de trabajo...(pero)...no es, sin embargo, un elemento definidor, en cuanto que es compartido por otras relaciones no laborales". "Por consiguiente", sigue diciendo el autor, "la pretensión de definir como laboral a toda relación jurídica en cuyo seno exista una situación de dependencia y un poder directivo de una parte sobre la otra, parece que ha de abandonarse definitivamente..."

(121)-En el mismo sentido, **MIÑAMBRES PUIG, C.:** El centro deTrabajo. (El reflejo jurídico de las unidades de producción); Servicio de publicaciones del MTSS;

Madrid, 1985; pág.57; para quien dicha expresión legal sólo en parte es "sustitutiva de la vieja nota de la dependencia...". Según el autor, "el criterio del círculo organicista donde se prestan servicios retribuidos toma carta de naturaleza legal", refiriéndose al art.1º.1 del E.T.

(122)-**RODRIGUEZ-PIÑERO.M:** "Empresa y contrato de trabajo", en Anales de la Universidad Hispalense, Vol.XX; 1960; pág.43, que define la empresa desde un punto de vista jurídico-laboral como "la organización coordinada e interdependiente de trabajadores para la consecución de un fin técnico-laboral propuesto por el empresario, bajo cuya dirección y con cuyos medios se realiza el trabajo".

(123)-Es generalizada la opinión en la doctrina que el elemento o factor organizativo es consustancial a la empresa laboral. Así: **BAYON CHACON, G.:** "El concepto jurídico-laboral de empresa", R.F.D.U.C.M., Vol.III, nº6, 1959, págs.286-287; **HUECK-NIPPERDEY:** Compendio de Derecho del Trabajo; (traducción Rodríguez-Piñero y De la Villa); Edit.Edersa, Madrid, 1963, pág.73; **BORRAJO DACRUZ, E.:** "La presencia activa de los trabajadores en la empresa", R.P.S., nº.52, 1961, pág.154 y ss.; **MONTOYA MELGAR, A.:** "La Empresa y el Derecho del Trabajo", en Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo; Volumen II, Ponencias y Comunicaciones; Sevilla, 1970; pág.413, para quien la empresa puede definirse jurídicamente como "un conjunto organizado de trabajadores, dirigidos por un empresario, por cuya cuenta prestan coordinadamente sus servicios"; **MIÑAMBRES PUIG, C.:** op. ult. cit., pág.208

(124)-**MIÑAMBRES PUIG, C.:** op. ult. cit. Págs.211-212

(125)-La jurisprudencia actual estima que el alto cargo o personal de alta dirección "son personas integradas en la organización empresarial. STS 12-IX-1986 (Ar.4958). Otra significación no puede tener, por otra parte, la expresión (PERSONAL) utilizada por el R.D.1382/1985 para denominar a estos trabajadores.

(126)-Puede consultarse, **FERNANDEZ LOPEZ, Mª.F.:** "Relaciones especiales de trabajo y Estatuto de los Trabajadores", en R.P.S., nº.139; 1983; págs.233 y ss.**HUERTAS BARTOLOME, Mª.T.:** Mediación mercantil en el ordenamiento laboral.; Edit. Tecnos, Madrid, 1991, págs.34 y ss.

(127)-Vid. Exposición de Motivos, en la que se mencionaban el contrato de aprendizaje (Libro II, arts.57 a 139), calificado como "modalidad o aspecto especial del contrato de trabajo", y el contrato de embarco, al que se dedicaba el Libro I, Título tercero (arts.28 a 56).

(128)-A las que dedicaba el Capítulo IV, en el que se recogían: trabajo dado en común a un grupo (art.58); contrato de grupo (art.59 y ss); contrata de obras y servicios públicos (arts.67 y ss).

(129)-Ante los supuestos expresamente considerados por la Ley, la doctrina estimó que tal enumeración era muy corta. En este sentido, véase la obra colectiva Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo, cit., en la que se recogen hasta 12 posibles contratos especiales de trabajo.

En el mismo sentido, **DE LA VILLA, L.E.**: "Contratos especiales de trabajo. Particularidades extintivas". R.F.D.U.C.M.; Volumen III, nº6; Madrid, 1959, pág.358, quien menciona, incluso, como especiales, contratos a los que la ley niega el carácter laboral (entre ellos, servicio doméstico y el de los cargos directivos) y que, en su opinión, si aún no se han calificado como laborales es porque "los supuestos personales de obligación que reciben la calificación de trabajo, se realiza en lo jurídico con una parsimonia tal que produce una desarmonía entre las realidades sociales y su regulación por el derecho" (pág.350-351). De la misma opinión, **BAYON CHACON, G.**: "Contratos especiales de trabajo. Concepto", en Catorce lecciones....cit., pág.19.

(130)-Artº.3º: "Son relaciones laborales de carácter especial las que, reuniendo las caracteríosticas del artº.1º.1, se enumeran en los apartados siguientes: a).El trabajo al servicio del hogar familiar, en sus diversas modalidades. b).El trabajo a domicilio. c).El trabajo de las personas con capacidad física o psíquica disminuida, en el grado que reglamentariamente se determine. d).El trabajo en el mar. e).El trabajo en la navegación aérea. f).El aprendizaje en la artesanía. g).El trabajo de los deportistas profesionales. h).El trabajo del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares. i).El trabajo de los representantes de comercio. j).El trabajo de los artistas de espectáculos públicos. k).El trabajo de alta dirección o alta gestión de la Empresa no excluído por el art.2º apartado c). l).Las actividades laborales de los internos de los centros penitenciarios en sus distintas modalidades y de acuerdo con su naturaleza respectiva. m).Cualesquiera otros trabajos profesionales que sean expresamente declarados como relación laboral de carácter especial por una Ley.

(131)-Así, entre otras muchas, **SSTS** de 4-V-1979 (Ar.1903), 25-VI-1979 (Ar.3066); 23-II-1980 (Ar.748); 5-III-1980 (Ar.798), 5-V-1980 (Ar.2044), 18-VII-1980 (Ar.3052); 16-X-1980 (Ar.4008).

SSCT 13-III-1978 (Ar.1894); 16-I-1981 (Ar.178), 12-II-1981 (Ar.940), 5-III-1981 (Ar.1544), 18-II-1981 (Ar.1106); 27-V-1982 (Ar.3264), 9-VII-1982 (Ar.4578),

16-VII-1982 (Ar.4628), 30-IX-1982 (Ar.5322), 3-II-1983 (Ar.905), 11-III-1983 (Ar.2006)

(132)-Art.2º.1. "Se considerarán relaciones laborales de carácter especial: a).La de personal de alta dirección no incluido en el art.1º.1.3 c) (regulada por R.D. 1382/1985, de 1 de agosto); b).La del servicio del hogar familiar (regulada por R.D.1424/1985, de 1 de agosto; c). La de los penados en las instituciones penitenciarias (véase Ley General Penitenciaria -Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre- y Reglamento Penitenciario -R.D. 1201/1981, de 8 de mayo); d).La de los deportistas profesionales (regulada por R.D.1006/1985, de 26 de junio; e).La de los artistas en espectáculos públicos (regulada por R.D. 1435/1985, de 1 de agosto; f).La de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresario sin asumir el riesgo y ventura de aquélla (regulada por R.D.1438/1985, de 1 de agosto; g).Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley (por esta vía, se han declarado especiales las siguientes relaciones: la de los minusválidos -Ley 13/1982, de 7 de abril y R.D.1368/1985, de 17 de julio; la de los estibadores portuarios -Disp.adic.1º de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, D-L.2/1986, de 23 de mayo y R.D.371/1987, de 13 de marzo; el contrato de trabajo del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares (Disp.final 7ª del E.T. y R.D.2205/1980, de 13 de junio); la de los jóvenes que colaboren en el trabajo para su inserción profesional (Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1989 - Ley 37/1988, de 28 de diciembre-, disp.ad.21ª).

(133)-A favor de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores se manifiestan, entre otros, **FERNANDEZ LOPEZ, Mª.F.:** "Relaciones especiales de trabajo...", cit. págs.237-238; **DE LA VILLA, L.E.:** "La relación laboral especial del Servicio de Hogar Familiar", D.L., nº.monográfico, Dic.1985, pág.198.

En contra, **ALONSO OLEA, M:** Derecho del Trabajo, 7ª edic., Madrid, 1981, pág.51-52; **CAMPS RUIZ, L.:** "Artículo segundo. Relaciones laborales de carácter especial", en El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo; Edit.Edersa, Madrid, 1981; pág.32; **BORRAJO DACRUZ, E.:** Altos Cargos, cit., pág.73 y ss; **PALOMEQUE LOPEZ, M.C.:** "El desarrollo reglamentario del Estatuto de los Trabajadores", R.P.S., nº.137, 1983, pág.16

(134)-La relación de sentencias en este sentido sería interminable; pueden citarse, como ejemplo, las siguientes:

SSTS de 6-III-1981 (Ar.2100); 28-XI-1981 (Ar.4660); 5-X-1982 (Ar.6107), 6-X-1987 (Ar.6833);

SSCT 1-VI-1982 (Ar.3285), 28-VI-1982 (Ar.3920), 15-VII-1982 (Ar.4405), 1-X-1982 (Ar.5130), 13-X-1982 (Ar.5357), 16-X-1982 (Ar.5168), 29-XII-1982 (Ar.7864), 2-II-1983 (Ar.893), 3-II-1983 (Ar.905), 11-III-1983 (Ar.2006), 28-IV-1983 (Ar.3654), 13-V-1983 (Ar.4241), 20-VII-1983 (Ar.7158), 30-XII-1983 (Ar.11274), 9-III-1984 (Ar.2282), 5-VI-1984 (Ar.5055), 24-X-1984 (Ar.8018), 16-III-1985 (Ar.1906), 9-IV-1985 (Ar.2336); 26-VI-1985 (Ar.4225), 15-I-1986 (Ar.207)

(135)-Así lo manifestó la doctrina; en este sentido, **DE LA VILLA, L.E.:** "Contratos especiales de trabajo ..., cit.,; en su opinión, después de afirmar que "la variación de los contratos considerados especiales, respecto del contrato típico, no es tanto natural como de técnica jurídica...", (pág.353), "...contradice un poco el establecer un libro de una Ley de Contrato de trabajo para regular los llamados contratos especiales de trabajo sin fijar, previamente, un criterio ordenador..." (pág.357). Por eso, la calificación de contrato especial de trabajo "estará sometida a una constante inseguridad, derivada de la posibilidad de un cambio de criterio del legislador".

Ante la clasificación efectuada por la L.R.L., **ALONSO OLEA, M.:** "Ambito de aplicación. Relaciones incluidas y relaciones excluidas. Relaciones especiales" en Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales; Universidad de Madrid, Facultad de Derecho; Departamento de Derecho del Trabajo; Madrid, 1977, pág.49, manifestaba lo siguiente: "En realidad, lo que la ley ha hecho es seleccionar sin criterio definido una serie de contratos de trabajo cuyo régimen jurídico ha sospechado que era espectacularmente distinto, por decirlo de algún modo, del régimen jurídico de los demás".

Para **MONTOYA MELGAR, A.:** Derecho del trabajo; 4ª edic., 1981, pág.439, "la diferencia entre relaciones especiales y comunes es ciertamente una diferencia legal que, en ocasiones, se revela arbitraria (o inescrutable)". Crítica que reitera actualmente para la distinción entre relaciones especiales y las que él denomina "comunes con peculiaridades" (Derecho del Trabajo; 12ª edic., 1991, pág.484

Para **ALONSO GARCIA, M.:** Derecho del Trabajo; 10ª edic.; Edit.Ariel, 1987, pág.620, "más que hablar de relaciones de trabajo especiales debería hablarse de relaciones de trabajo con régimen jurídico especial", pues "el significado de esa especialidad es sólo relativo y, hasta resulta posible que, en algunos casos, no quepa aplicar la expresión siquiera como relativa".

(136)-SSTCo 49/1983, de 1 de junio, F.J.5º; 26/1984, de 14 de febrero, F.J.1º; 12/1988, de 3 de febrero, F.J.4º. STS de 21-XII-1988 (Ar.9887)

(137)-Por todos, **BAYON CHACON, G.:** "Contratos especiales de trabajo. Concepto", en Catorce lecciones..., cit., nos advertía que "en la práctica no existe un contrato común diferenciable de los especiales". Para el autor, es relativa la distinción entre contrato común de trabajo y contratos especiales de trabajo, "ya que estimamos, (afirmaba), que en gran parte el primero no existe y que todos los contratos son más o menos especiales" (pág.13).

(138)-**MONTOYA MELGAR, A.:** Derecho del Trabajo, cit., pág.482

(139)-SCT de 23 de julio de 1981 (Ar.4987)

(140)-**HUERTAS BARTOLOME, M^a.T.:** Mediación mercantil..., cit., pág.129.

(141)-**FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F.:** "Relaciones especiales de trabajo...", cit., pág.246

(142)-**SUAREZ GONZALEZ, F.:** Las nuevas relaciones laborales y la ley del Estatuto de los Trabajadores; Edit.Pirámide, Madrid, 1980, págs.113 y 114, aunque para el autor existe la duda, incluso, de la aplicación de los derechos constitucionales fundamentales reconocidos a los trabajadores a determinadas relaciones especiales.

(143)-**MONTOYA MELGAR, A.:** Derecho del Trabajo, cit., pág.483.

(144)-**ALONSO OLEA, M.:** El Estatuto de los Trabajadores. Texto y Comentario breve; Edit.Civitas, Madrid, 1980; pág.295.

(145)-**FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F.:** "Relaciones especiales de trabajo...", cit., pág.243.

(146)-**ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M^a.E.:** Derecho del Trabajo, cit., pág.262; en el mismo sentido, **MONTOYA MELGAR, A.:** op.ult.cit., pág.333

(147)-**FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F.:** op. ult. cit., pág.244.

(148)-**RAMIREZ MARTINEZ, J.M.:** "La relación especial de trabajo al servicio del hogar familiar"; A.L., nº.1, 1986, págs.1-2; del mismo autor: "Servicio del Hogar familiar", en Comentarios a las Leyes Laborales, dirigidos por Borrajo Dacruz; Edit.Edersa; Madrid, 1987; Tomo II, Vol.1º; pág.44.

Así mismo, véase la Exposición de Motivos del R.D.1424/1985, de 1 de agosto, publicado en el B.O.E. de 13 de agosto.

(149)-Véase, por todos, **DE LA VILLA, L.E.:** El trabajo a domicilio; Edit.Aranzadi, Pamplona, 1966, págs.155 y ss, para quien el requisito de trabajar fuera de la vigilancia del empresario, "por sí solo, no sería tipificador del trabajo a domicilio o, por lo menos, no lo diferenciaría de cualquier otra modalidad de trabajo por cuenta ajena..." (pág.157).

(150)-**HUERTAS BARTOLOME.M^a.T.:** Mediación mercantil..., cit., págs.31

(151)-La jurisprudencia responde a este interrogante del siguiente modo: "la dependencia que caracteriza la relación laboral ha de ser entendida con gran amplitud y elasticidad, dando entrada al elemento de la "profesionalidad" como norma distintiva del contrato de trabajo"; por eso, en las relaciones laborales de carácter especial "la tradicional nota de dependencia se conexiona con la de profesionalidad". STS 18-VII-1980 (Ar.3052); vid., también, STS 30-IX-1987 (Ar.6433).

Con lo que para esta doctrinal jurisprudencial habría que hablar, valga la expresión, de "flexibilización" de la nota, ya atenuada, de dependencia para calificar las relaciones laborales. Con ello, aunque tímidamente, se estaría afirmando que la dependencia es una cuestión de grado; teoría ésta criticada en páginas anteriores; vid., supra, en este Capítulo Primero, Apartado III, punto A.1.

(152)-**DE LA VILLA, L.E.:** "Contratos especiales de trabajo...", cit., pág.356.

En contra, en la actualidad, **OJEDA AVILES, A.:** "Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria", R.L., nº.6-7, 1990, quien ha propuesto un criterio delimitador unitario para las relaciones laborales especiales que el legislador lista en el art.2º del E.T.; para él ese elemento unitario es el "criterio locativo" y, en base al mismo, define las relaciones laborales especiales como "aquéllas que se caracterizan por el atípico lugar de la prestación, estando referidas a colectivos que efectúan sus tareas en ámbitos distintos al del establecimiento empresarial, y por ende bajo unos parámetros de organización y dirección inhabituales" (pág.72).

La argumentación que utiliza el autor nos sugiere las siguientes consideraciones:

1ª.el autor habla de oposición entre el art.2º y el art.1º del E.T., cuando, según hemos advertido, no pueden serlo

2ª.Para el autor, el trabajo subordinado "standar" del art.1º del ET es el ubicado físicamente en un lugar concreto e interpreta el término "ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica" del art.1º como establecimiento, entendido como lugar de trabajo, cuando lo cierto es que, según

hemos advertido anteriormente, a nuestro juicio esta expresión ha de ser entendida idealmente como centro de trabajo o empresa laboral.

3ª.El autor asimilia centro de trabajo a establecimiento, y éste a lugar de trabajo

4ª.El autor reconoce la debilidad de su argumento en dos relaciones laborales especiales concretas: penados y altos cargos. Con respecto a esta última, afirma que "podríamos hablar de los altos cargos que fijan su despacho en el establecimiento empresarial, que trabajan como uno más en él, a veces sólo separados de los empleados por un discreto panel" (pág.73); a esta autoobjeción, el autor responde que "o bien disfrutan de una libertad de movimientos tan grande, al menos, como la de un representante de comercio, o bien se trata de casos desviados...".

Respecto a lo primero, no entendemos la relación existente entre libertad de movimientos y el lugar de trabajo; los montadores de teléfonos también tienen esa libertad de movimientos. Respecto a lo segundo, los supuestos que él califica como "casos desviados", director de hotel y capitán de barco, son hoy calificados por la jurisprudencia como altos cargos.

5ª.El autor califica su criterio como "rudimentario"; nosotros preguntamos si no es mejor no buscar un criterio, que el que se busque y encuentre sea tan rudimentario.

(153)-**BAYON CHACON, G.:** "Contratos especiales de trabajo...", cit., pág.13

(154)-La misma solución proponía **ALONSO OLEA, M.:**"Ambito de aplicación. Relaciones incluidas...", cit., pág.49, ante los supuestos recogidos en el art.3º de la L.R.L.

(155)-Así lo reconoció también la doctrina; entre otros, **CAMPS RUIZ:** "Comentario al art.11 y ss.del E.T.", en El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios..., cit., pág.79; **GONZALEZ DE LENA, F.:** "Las relaciones especiales de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores y los Decretos reguladores", R.L., nº.2, 1986, págs.9-10

(156)-El Tribunal Constitucional rechaza expresamente la técnica de la delegación normativa y parece aceptar la técnica de la deslegalización en la Sentencia 26/1984, de 24 de febrero, F.J.5º. Con anterioridad había tenido ocasión de pronunciarse acerca de la posible inadecuación de las relaciones laborales especiales al art.14 de la C.E.; en estos supuestos el T.Co reconoció la especificidad formal y material de dichas relaciones (frente a la relación laboral y a las restantes relaciones especiales), por lo que, en su

opinión, la aplicación de un régimen jurídico diverso para las mismas no vulneraba dicho precepto constitucional (SSTCo. 49/1983, de 1 de junio, f.j.5º). Doctrina que, sin lugar a dudas, influyó decisivamente para acoger posteriormente la teoría de la deslegalización.

El reconocimiento de la singularidad material de las relaciones especiales frente a las restantes no permite, en consecuencia, la aplicación analógica de normas o criterios dictados para otras relaciones laborales especiales; se aplicaría, por tanto, siguiendo el razonamiento del T.Co., el art.4º.2 del Código Civil, que, como sabemos, prohíbe la aplicación analógica de las normas excepcionales (no de las especiales).

(157)-La doctrina del T.Co. se reitera por el T.S., para quien "aquella igualdad (la del art.14 C.E.) no impide el tratamiento distinto de situaciones desiguales; y evidente resulta que es desigual la relación jurídica laboral ordinaria o normal -a la que es íntegramente aplicable el E.T.- de la de carácter especial -distinguida de aquélla en el mismo Estatuto-" (STS de 21-XII-1988 (Ar.9887)). La aplicación de esta doctrina a un supuesto específico de la relación especial de personal de alta dirección en STS 15-III-1989 (Ar.2414).

Lo que resulta tan evidente para el Tribunal Supremo (la desigualdad) debía haber sido, cuando menos, mínimamente razonado para despejar dudas a quien pueda, razonadamente, opinar bien lo contrario o, al menos, que no es tan evidente; más aún si el Tribunal utiliza como argumento solo que ambas relaciones laborales están diferenciadas en el Estatuto de los Trabajadores.

(158)-En este sentido, **DE LA VILLA, L.E.:** "La relación laboral de carácter especial del Servicio...", cit., pág.198 y ss; **SALA FRANCO, T.:** "La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el contrato de trabajo doméstico", R.L., nº.4, 1986, pág.4.

Con independencia de las previsiones legales y jurisprudenciales, ésta parece ser la solución más acertada desde un punto de vista estrictamente dogmático y atendiendo a la naturaleza especial de una relación laboral, en cuanto se entienda:

1º.que las relaciones especiales de trabajo es materia sometida al principio de reserva material de Ley (Art. 53.1 en relación con el art.35 de la C.E.).

2º.que de la interpretación conjunta de los arts.2.2, 3.2. y Disp.Adic.2ª del E.T. parece desprenderse una simple habilitación al Gobierno para completar la regulación material de la Ley, pero sin alterar el núcleo central de aplicación del E.T.

3º.En consecuencia, el art.2º.2 del E.T. vendría a ser el precepto habilitante necesario,

siempre que se entendiese que el mismo se refiere al conjunto de derechos y obligaciones que establece el E.T. para los trabajadores por cuenta ajena, que han de ser respetados por las normas reglamentarias de desarrollo de las relaciones especiales.

Ninguna de estas interpretaciones se han aceptado, como ya hemos advertido, por el legislador y el Tribunal Constitucional.

CAPITULO SEGUNDO

LAS FUENTES DE LA RELACION LABORAL ESPECIAL DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCION.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el Capítulo Primero se han señalado los efectos naturales que deben derivarse de la relación contrato de trabajo/ contrato de trabajo especial, destacando los dos siguientes:

1.No es necesaria remisión expresa a la denominada "legislación laboral común" para que la misma sea aplicada a la relación laboral especial.

2.El derecho supletorio, aplicable en defecto de regulación específica para la relación laboral especial por las normas reglamentarias de desarrollo o por la autonomía privada, ha de ser la legislación laboral.

Estudiados en general estos efectos, pasamos ahora a su análisis en la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, donde, como veremos, tienen una aplicación efectiva.

Vamos a comenzar estudiando las Fuentes de esta relación jurídica, porque del resultado de tal examen podremos llegar, por un lado, a dar respuesta a una cuestión planteada en páginas anteriores; por otro, a fijar los presupuestos previos de un estudio posterior. En efecto; del estudio de las fuentes de esta relación calificada como laboral especial, se constatará a la pregunta: ¿era necesaria una regulación "ad hoc" del personal de alta dirección?; unida a la anterior, ¿debe el personal de alta dirección ser un colectivo protegido o, al menos,

considerado por el Derecho del Trabajo?.

Y es que debemos tener en cuenta que una cosa es lo jurídicamente posible y otra lo socialmente deseable; aun cuando existe coincidencia unánime, como afirma **SEMPERE NAVARRO**, "en señalar que uno de los presupuestos históricos o de las constantes a que obedece la evolución del Derecho del Trabajo radica en la continua progresión de su ámbito subjetivo"

(1), ha de preguntarse si existe hoy necesidad de dar respuesta desde este sector del ordenamiento jurídico, desde el conjunto de principios y normas que lo integran, desde su propósito "reequilibrador" (2) a la relación de intercambio patrimonial entre el alto directivo y el empresario; o, lo que lo mismo, si esa relación forma parte de la dimensión o elemento social o material del Derecho del Trabajo.

El resultado del análisis de las fuentes nos marcará la pauta interpretativa del ámbito subjetivo de esta relación laboral especial, establecido en el artículo 1º.1 R.D. 1382/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral especial del Personal de Alta Dirección.

Antes de pasar al examen pormenorizado de esta materia, conviene tener en cuenta varias consideraciones previas.

De entre las normas reguladoras de las que el artículo 2º Estatuto de los Trabajadores califica

como relaciones laborales de carácter especial, sólo una de ellas, el R.D.1382/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral de carácter especial del Personal de Alta Dirección, dedica un precepto (artículo 3º) a las fuentes de la relación jurídica.

Desde el carácter que atribuimos a los reglamentos de desarrollo del citado precepto estatutario (normas cuya función o finalidad es, teniendo en cuenta la naturaleza especial de esas relaciones, adaptar los principios, los elementos esenciales que permiten identificar el contrato de trabajo y sus líneas maestras a las singulares características que dichas relaciones presentan con respecto a ese "tipo"); desde ese carácter, decimos, el R.D. 1382/1985 debería ser en esta materia una adaptación del sistema de fuentes que establece el artículo 3º del Estatuto de los Trabajadores a las singulares características de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Pero, bien puede afirmarse (y esta es la primera consideración general) que la intención del legislador, como veremos detenidamente, ha sido otra ciertamente; lo que de hecho se pretendía era la alteración del sistema de fuentes que la legislación laboral "común" dispone para la relación laboral.

El nuevo sistema de fuentes de esta relación laboral especial (y esta es la segunda observación general) parece ser constitucionalmente legítimo,

según interpretación del Tribunal Constitucional en orden a la técnica de delegación normativa producida entre Estatuto de los Trabajadores y normas reglamentarias de desarrollo de su artículo 2º (DESLEGALIZACION); se ha de recordar que la técnica de la deslegalización propuesta por el Tribunal Constitucional podría producir las consecuencias siguientes:

a) cada relación especial de trabajo puede (como de hecho ha ocurrido con el Personal de Alta Dirección) regularse por el sistema de fuentes que establezca su respectivo reglamento de desarrollo.

b).No se puede tachar de discriminaciones normativas las regulaciones diferenciadas que se opongan a lo previsto para la relación laboral.

Si, a pesar de la opción interpretativa del Tribunal Constitucional, se mantiene la técnica de la remisión normativa, el estudio y respuesta posible a la alteración del sistema de fuentes del Estatuto de los Trabajadores que en el artículo 3º del R.D. 1382/1985 se produce ha de contar con nuestra opción interpretativa; por tanto, como tercera consideración de carácter general, esta regulación vendrá a confirmar que estamos ante un régimen jurídico exclusivamente semi-laboral o parcialmente laboral (3) o, aún más exactamente, ante un regimen jurídico basado fundamentalmente en el Derecho Civil, al que se añaden mínimas "pinceladas" laborales, que parecen

ser suficientes para que el legislador establezca las consecuencias siguientes: el personal de alta dirección ha de incluirse en el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo y, por tanto (artículo 14 R.D.1382/1985), corresponde al orden jurisdiccional social el conocimiento de los conflictos que surjan entre el personal de alta dirección y el empresario.

Esta solución legal impedirá, como veremos más adelante, ampliar el ámbito subjetivo tan restrictivo que el R.D. establece (artículo 1º.1), a pesar de ser posible una interpretación extensiva o amplia del mismo, que la jurisprudencia actualmente está intentando.

Establecidas estas consideraciones previas, pasamos a continuación al estudio detallado del sistema de fuentes que el legislador establece para el personal de alta dirección, conforme al artículo al artículo 3º del R.D. 1382/1985, que dispone:

1."Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación".

2."Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el Estatuto de los Trabajadores, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en este Real Decreto o así se haga constar específicamente en el contrato"

3. "En lo no regulado por este Real Decreto o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales".

II. EL ALCANCE DE LA AUTONOMIA PRIVADA EN LA RELACION LABORAL ESPECIAL DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCION

En un plano estrictamente jurídico, para entender el alcance de la autonomía privada en la relación laboral especial del personal de alta dirección debemos partir del significado o sentido que, la teoría general de las fuentes le asigna.

La primera acepción o significado deriva de la distinción entre fuentes del Derecho y fuente de las relaciones jurídicas o fuente de la obligación.

En este sentido, se han mantenido dos opiniones doctrinales en cuanto a la ubicación de la autonomía privada en uno de los términos de la distinción.

La primera posición la forman aquellos autores para los que la autonomía privada no es fuente de Derecho Objetivo en sentido propio (4) y, consiguientemente, el negocio jurídico tampoco lo es en sentido traslativo.

En contraposición a la anterior, la segunda corriente doctrinal está integrada por aquellos autores que entienden la autonomía privada como "el poder,

atribuido por la ley a los particulares, de crear Derecho, es decir, de establecer normas jurídicas" (5) a través del negocio jurídico, entendiendo éste, por tanto, como fuente normativa en sentido traslativo o modo de manifestación de normas jurídicas.

Aun cuando ésta sea la doble opción doctrinal posible, si se entiende, con **ALONSO OLEA** (6), por fuente del Derecho toda "norma general y objetiva que se aplica a un conjunto indeterminado de destinatarios, en virtud de consideraciones generales, no la regulación particular de una relación inter partes", tendremos que concluir que la autonomía privada es exclusivamente fuente de relaciones jurídicas, bien que en una vertiente doble:

- a.como poder de constitución de relaciones jurídicas (lo que podemos denominar eficacia constitutiva de la autonomía privada)
- b.como poder de reglamentación de las relaciones jurídicas creadas (o eficacia preceptiva de la autonomía privada).

Por tanto, en el negocio jurídico bilateral típico, en el CONTRATO, debe en consecuencia separarse en su significado una doble acepción; a saber, contrato en sentido propio o "contrato propiamente dicho" (7), entendido como acuerdo contractual por el que se crea la relación jurídica.

Y contrato en sentido amplio, como institución reguladora de la relación jurídica creada.

Cabe una segunda acepción o significado de la autonomía privada enlazada, a su vez, con el significado que los principios generales del Derecho tienen en la teoría general de las fuentes.

En este sentido, la generalidad de la doctrina civilista atribuye a los principios generales la triple función o dimensión (fundamentadora, interpretativa y supletoria) que **DE CASTRO** ya destacara: "fundamento del orden jurídico", "orientadores de la labor interpretativa" y "fuente en caso de insuficiencia de la ley y de la costumbre" (8).

Atendiendo a estas funciones se ha cuestionado si los mismos tienen el carácter de fuente del Derecho, entendiendo esta expresión en sentido técnico como forma de creación, producción o positivación de las normas jurídicas. Desde esta perspectiva, los principios generales adquieren esa condición si contemplados en el ámbito de sus funciones supletoria e informadora; en el primer sentido dotados "de la condición inmediata de fuente formal del ordenamiento jurídico cuando ejercen una función supletoria de la ley y de la costumbre"

(9) y en el segundo de forma mediata, en cuanto inspiradores u orientadores del ordenamiento jurídico, del Derecho, de todo el Derecho.

Y, precisamente, desde el carácter de generalidad y abstracción y desde la función informadora de los principios generales del Derecho, se ha planteado el significado institucional de la autonomía privada; en concreto, si es posible atribuir a la misma la condición de principio general. Tal vez sea el carácter de generalidad el que impida atribuirle esa condición; pues, si bien se ha afirmado que la autonomía privada "es una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro derecho privado" (10), atribuyéndola el carácter de principio de derecho natural y principio tradicional del derecho español, no es esa la regla general en nuestro Derecho del Trabajo. Por eso, se puede afirmar que la autonomía privada es básicamente un principio normativo (11) que informa, orienta la regulación de un sector del ordenamiento jurídico (Derecho "Común") y de una específica institución jurídica (Contrato civil o mercantil).

Este carácter doble de la autonomía privada parece confirmarse en el artículo 3º R.D. 1382/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral de carácter especial del Personal de Alta Dirección.

A.AUTONOMIA-HETERONOMIA EN LA RELACION JURIDICA DEL
PERSONAL DE ALTA DIRECCION

A.1. Relatividad del principio de autonomía privada en el Derecho Privado y en el Derecho del Trabajo.

Si entendemos, con **DIEZ-PICAZO**, por autonomía privada, referida al ámbito del negocio jurídico, "el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte" (12), derivado de la libertad individual y reconocida en nuestro derecho positivo (por ejemplo, "las obligaciones nacen ...del contrato.." -artículo 1089; "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes..." -artículo 1091; "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente -artículo 1255; preceptos citados todos del Código Civil); si entendemos así, decíamos, la autonomía privada, debemos coincidir también con el citado autor que ese poder de autorregulación o autorreglamentación no tiene un carácter absoluto, puesto que la libertad del inviduo tampoco lo tiene.

Y esta relatividad de la autonomía privada es apreciable también en el ámbito del Derecho del Trabajo, donde es posible admitirlo en un sentido doble.

Por un lado, y fruto del proceso histórico de aparición del Derecho del Trabajo, como han

demostrado **BAYON CHACON** y **ALONSO GARCIA** (13), el principio de heteronomía/autoridad puede entenderse como regla general de nuestra disciplina; heteronomía que tiene su causa, según opinión doctrinal unánime (14), en la ausencia real de igualdad entre los contratantes, que se traduce en una reglamentación estatal externa de la relación jurídicas laboral o, lo que es lo mismo, en que "la fuente originaria de regulación no está en las mismas partes contratantes que constituyen los sujetos de ésta" (15).

Por otro, y fruto de la instauración de sistema democrático de relaciones laborales, aparece a medio camino entre la autonomía individual y la heteronomía propiamente dicha la denominada autonomía de los grupos sociales o autonomía colectiva; que, frente a la autonomía privada (16), adquiere valor de fuente del Derecho del Trabajo y, como tal, se impone a los contratos individuales de trabajo que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación.

El intervencionismo estatal, por un lado, y la autonomía colectiva, por otro, ha originado un ordenamiento laboral esencialmente impertativo (*ius cogens*), con un efecto doble.

Primero, como límite absoluto a la autonomía privada, prohibiendo o imponiendo las condiciones para crear, modificar o extinguir la relación jurídico-laboral.

Segundo, como límite relativo de la misma; se

reglamenta la relación por el pacto entre las partes, siempre que las condiciones en él establecidas sean más beneficiosas para el trabajador que las fijadas por la norma legal o convenio colectivo. De ahí que se haya afirmado por la doctrina la "significación normativa complementaria del contrato de trabajo" (17).

Este es el carácter que le atribuye el legislador, conforme a la interpretación del artículo 3º del Estatuto de los Trabajadores que a continuación se intenta.

A.2. Artículo 3º.1 del Estatuto de los Trabajadores "versus" artículo 3º.1. del R.D.1382/1985, de 1 de agosto.

Teniendo en cuenta las indicaciones precedentes acerca del carácter de la autonomía privada, la cuestión planteada es si la relatividad afirmada en un plano doctrinal se confirma por el legislador.

Para intentar una solución, hay que partir, necesariamente, del artículo 3º del Estatuto de los Trabajadores, que, bajo la rúbrica "Fuentes de la relación laboral", se refiere conjuntamente a la disposiciones legales y reglamentarias del Estado, los convenios colectivos, la voluntad de las partes y los usos y costumbres locales y profesionales.

Y desde esta regulación legal es posible una primera constatación; a saber, la mayor precisión terminológica del precepto reglamentario (artículo 3º del R.D.1382/1985). En efecto, como la doctrina ha indicado (18), el Estatuto de los Trabajadores no separa las fuentes del Derecho de las fuentes de la obligación laboral (mismo defecto en que incurría el artículo 9º Ley de Contrato de Trabajo de 1944) al mencionar o incluir entre las fuentes la autonomía de las partes.

Por tanto, teniendo en cuenta la opinión mantenida acerca del valor que ha de atribuirse a la fuente en su teoría general, debemos o bien prescindir del apartado c) del artículo 3º.1 del Estatuto de los Trabajadores (voluntad de las partes) en el estudio de las fuentes del Derecho del Trabajo, o mantenerlo siempre que partamos de que el citado precepto estatutario establece las fuentes del Derecho del Trabajo y, en consecuencia, que su apartado c) no otorga a la autonomía privada el carácter de fuente en sentido propio, ni a la forma de manifestación típica de la misma, al contrato de trabajo, la naturaleza de fuente normativa en sentido traslativo; la finalidad de dicho precepto, por el contrario, es atribuir al ordenamiento laboral carácter necesario o imperativo y, en consecuencia, conceder a la autonomía privada eficacia muy limitada como poder de constitución y reglamentación de las relaciones laborales.

Se afirmaría, por tanto, la eficacia complementaria de la autonomía privada respecto a las normas estatales y las normas convenidas colectivamente en la regulación de la relaciones jurídico-laborales y se resolvería, así, el problema de la colisión entre las disposiciones establecidas contractualmente y las normas de Derecho necesario, que, según la posición en que aquellas pueden hallarse respecto a estas, puede darse en un triple sentido.

Primero, la disposición de autonomía privada "secundum legem" en la relación laboral, esto es, que coincida tanto en el supuesto de hecho como en el mandato con la norma jurídica imperativa, es innecesaria.

Segundo, si lo convenido es "contra legem", porque establece una condición menos favorable para el trabajador, es ineficaz; ineficacia que se traduce en la nulidad de la disposición de autonomía privada contraria a la ley o al convenio colectivo (19).

Tercero, si lo acordado contractualmente es "praeter legem", porque establezca condiciones más beneficiosas para el trabajador, la disposición de autonomía privada será válida por cumplir el mandato del artículo 3º.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, que prohíbe que en caso alguno puedan establecerse en perjuicio del trabajador y condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales o convenios colectivos.

Desde la interpretación efectuada del artículo 3º Estatuto de los Trabajadores, es posible advertir que, frente al orden de prelación de fuentes de la relación jurídica laboral que se desprende de dicho precepto (1º-Normas imperativas -normas legales y normas convenidas colectivamente; 2º-Pacto entre las partes de la relación jurídica; 3º-Normas dispositivas), el artículo 3º.1 del R.D.1382/1985 parece alterar el orden que a la autonomía privada corresponde como fuente de creación y reglamentación de la relación laboral del personal de alta dirección; "los derechos y obligaciones, afirma el precepto, concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes...". Parece que aquí no tiene un carácter complementario, sino una significación "normativa" inmediata y directa frente a las normas legales (propio ~~del~~ de Alta Dirección y la "legislación laboral común").

Bien pudiera, así, concluirse que, frente a la heteronomía propia del Derecho del Trabajo, que trae su causa de la desigualdad individual de las partes, (y a diferencia también del resto de las relaciones laborales de carácter especial del artículo 2º Estatuto de los Trabajadores), el legislador parte, en cambio, de la igualdad entre las partes (20), de su posición de relativo equilibrio, de donde se extrae que el Derecho no haya de intervenir

restringiendo esa autonomía. Esta conclusión hermeneútica estaría avalada por un estudio más detallado de las "limitaciones intrínsecas de la autonomía privada" (21) que, de modo general, conforme al Código Civil, y específico, Estatuto de los Trabajadores y R.D. de Alta Dirección, se pueden establecer en la regulación de la relación jurídica del trabajador alto directivo.

De todos los posibles límites generales de la autonomía privada en obligaciones y contratos conforme al Código Civil (entre otros, los artículos 1255, 1275, 1291, 1305, 1306...), el límite más importante de la misma, como constitutiva y como reguladora de las relaciones jurídicas, es, a los efectos de este estudio, el límite legal.

Y es que si la perspectiva desde la que estudiamos las fuentes de la relación laboral del alto directivo es la conexión entre contrato de trabajo genérico y contrato de trabajo especial, nuestro interés es poner de manifiesto si en este caso concreto se han respetado los "efectos naturales" de esa conexión o relación en la regulación ad hoc del personal de alta dirección.

Téngamos en cuenta, pues, que el artículo 1255 del Código Civil afirma: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean

contrarios a las LEYES, a la MORAL ni al ORDEN PUBLICO".

Y el Estatututo de los Trabajadores, que debía ser considerado la regulación común de las relaciones laborales (ya sean "ordinarias" o especiales), establece en su artículo 3º.1.c) que la relación laboral se regulará por la "voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables por contrarias a las DISPOSICIONES LEGALES y CONVENIOS COLECTIVOS antes expresados".

B. LIMITE LEGAL A LA AUTONOMIA PRIVADA EN EL
REGLAMENTO DE ALTA DIRECCION

Desde un punto de vista general, el límite que la ley impone a la autonomía privada es doble; la ley es, en primer lugar, límite en cuanto a la constitución de la relación jurídica o, dicho de otra forma, límite al acuerdo contractual o contrato en sentido propio.

Y, segundo, las disposiciones legales son límites a la regulación de la relación jurídica creada.

Pero, ha de tenerse en cuenta que el doble sentido limitativo que la ley representa para la autonomía privada sólo puede entenderse de acuerdo con la naturaleza imperativa o dispositiva de la

norma legal; sólo la norma legal imperativa, en cuanto prevalece sobre la autonomía privada en la regulación de la relación jurídica, supone un límite a la misma. Por el contrario, la norma dispositiva, entendida como aquella norma objetiva general, heterónoma, que permite la anteposición de la autonomía privada, no es límite intrínseco de ésta (22).

Cuando el artículo 3º.1. del R.D.1382/1985 establece que la autonomía de las partes está sujeta "a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación", debemos preguntarnos:

PRIMERO, si esas normas tienen naturaleza imperativa o dispositiva; es decir, si se anteponen o no a lo pactado por las partes.

SEGUNDO, si puede hablarse de un límite doble a la autonomía privada, en cuanto la propia redacción del artículo 3º.1 del R.D.1382/1985, al mencionar exclusivamente "los derechos y obligaciones", parece indicar que la autonomía privada es ilimitada en lo que concierne al acuerdo contractual propiamente dicho, al contrato en sentido propio.

B.1. "Normas de este Real Decreto".

Las normas del R.D.1382/1985, de 1 de agosto, (sin incluir aquellas que contienen remisión expresa al Estatuto de los Trabajadores) pueden ser clasificadas del modo siguiente:

a). Normas relativas al contrato propiamente dicho o acuerdo contractual: el reglamento regula la forma, contenido del contrato (artículo 4º) y el período de prueba (artículo 5º).

b). Normas relativas a la relación jurídica, al contenido del contrato; entre ellas hay que distinguir las relativas a:

1. los derechos laborales básicos del trabajador (artículo 16);
2. las prestaciones del trabajador: Tiempo de la prestación (duración del contrato -artículo 6º y duración de la prestación -artículo 7º); modo de la prestación (buena fe y, como manifestaciones de la misma, pacto de no concurrencia y pacto de permanencia -artículo 8º).
3. Prestaciones del empresario: retribución (artículo 4º.2.c) y poder disciplinario (artículo 13).
4. Continuidad del contrato de trabajo: promoción interna (artículo 9º)
5. Extinción, distinguiendo entre extinción por voluntad del trabajador: dimisión y extinción

causal (artículo 10) y extinción por voluntad del empresario: desistimiento y despido disciplinario (artículo 11)

Pero lo importante no es determinar las normas que forman el contenido del Reglamento de Alta Dirección, sino, como expusimos más arriba, especificar qué naturaleza, imperativa o dispositiva, ha de atribuirse a las mismas. Por eso, y siguiendo los criterios interpretativos que **DIEZ-PICAZO** propone (23), pueden ser clasificadas u ordenadas como a continuación se intenta.

El primer grupo estaría formado por las normas "claramente" dispositivas, en cuanto permiten la anteposición de lo pactado por las partes del contrato a las condiciones que dichas normas establecen. Pueden entenderse así todas que aparecen en el R.D.1382/1985 bajo las expresiones "a falta de pacto escrito"; "salvo pacto escrito en contrario"; "en su defecto"; "a falta de pacto"; "caso de no existir especificación expresa"; "entendiéndose en caso de desacuerdo" (Véase, en este sentido, lo dispuesto en los artículos 6º; 8º.1; 9º.2; 10.3; 11.1.2 y 3 del R.D.1382/1985).

La norma es, parece, supletoria de lo pactado.

Segundo grupo, integrado por las normas reglamentarias "claramente" imperativas. Pero no

todas las incluibles en este grupo tienen el mismo carácter, pues es posible una subdivisión, entre normas imperativas absolutas y relativas.

Como imperativa absoluta puede entenderse así la norma que excluye al alto directivo, "como elector y como elegible, en los órganos de representación regulados en el Título II del Estatuto de los Trabajadores." (artículo 16).

Como imperativas relativas, deben incluirse en este subgrupo todas aquéllas que establecen mínimos o máximos legales por encima o bajo los cuales puede jugar la autonomía privada; en estos supuestos las disposiciones pactadas por los sujetos del contrato adquieren una significación normativa complementaria conforme al principio de condición más beneficiosa.

Pueden entenderse de este modo las normas relacionadas con las materias siguientes: contenido mínimo del contrato formalizado por escrito (artículo 4º.2); duración máxima del período de prueba (artículo 5º.1); duración y requisitos del pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato (artículo 8º.3); exigencia de un preaviso mínimo y máximo en los supuestos de dimisión del alto directivo y de desistimiento del empresario (artículos 10.1 y 11.1).

El grupo tercero y último estaría formado por aquellas normas que dejan plena libertad a la autonomía privada; por tanto, no pueden ser

entendidas como dispositivas expresas en el sentido que hemos otorgado a este término. Se trata de normas que nada establecen para el caso que no exista regulación por las partes.

Se trata, por tanto, de normas innecesarias o de remisión tácita a la regulación por la autonomía individual, lo que ya se deduciría del artículo 3º.1 R.D. 1392/1985. Aunque también puede entenderse que la intención del legislador con su silencio al respecto no fue otra que reafirmar la eficacia que quiso otorgar a la autonomía privada en esta relación jurídica, frente al Estatuto de los Trabajadores y resto de las normas reglamentarias reguladoras de las relaciones laborales de carácter especial.

Las normas del R.D.1382/1985, de 1 de agosto a que puede atribuirse este carácter son las que se refieren a los aspectos siguientes del contrato: forma; establecimiento del período de prueba; duración del contrato; tiempo de trabajo; pacto de permanencia (en cuanto establecimiento, duración e indemnización); faltas y sanciones del alto directivo; otras formas de representación en el seno de la empresa diferentes a la representación unitaria para el resto de los trabajadores; cuantía de la retribución; contenido y extensión del acuerdo contrario al pacto de exclusividad.

El problema que plantean estas normas que dejan plena libertad a la autonomía privada es el del

derecho supletorio aplicable a estos supuestos.

B.1.1.Derecho supletorio y plena libertad reguladora de las partes.

La plena libertad que otorgan las normas encuadradas en el tercer grupo a la autonomía privada de las partes puede ser ejercida por éstas en un sentido doble.

En primer lugar, en sentido positivo, en cuanto las partes pueden optar por regular expresamente en su contrato esos aspectos de su relación.

Y, segundo, que su libertad o autonomía ha de entenderse también en un sentido negativo, como posibilidad de que las partes opten por no regular alguno de esos aspectos expresamente.

Sea cual fuere la posible opción, en ambos supuestos es necesario buscar una solución jurídica; en la primera acepción, intentando fijar el criterio informador u orientador de la regulación, si la misma se produce. En la segunda, buscando el derecho supletorio aplicable en defecto de regulación expresa.

Comenzando por ésta última, de cuya solución depende la primera, la cuestión de cuál sea o deba ser el derecho supletorio depende de cómo se interpreten los apartados 2º y 3º del artículo 3º del

R.D.1382/1985.

Es posible interpretar esos preceptos desde la perspectiva de la relación "natural" entre contrato de trabajo/contrato de trabajo especial; en este sentido, bien pudiera entenderse que el legislador no ha querido establecer ninguna especialidad para estas materias, por lo que, en defecto de regulación por las partes, sería aplicable la "legislación laboral común".

Pero esta interpretación choca con otra más literal de los preceptos reglamentarios citados. En efecto, si conforme al apartado 2º del artículo 3º, el Estatuto de los Trabajadores y resto de la legislación sólo son aplicables cuando exista remisión expresa a los mismos en el propio Real Decreto, tendríamos que concluir que en estos supuestos (en los que no existe la remisión mencionada) no puede aplicarse como derecho supletorio la "legislación laboral común", sino, por el contrario y conforme a lo dispuesto en el apartado 3º del citado precepto reglamentario, "la legislación civil o mercantil y sus principios generales".

Ahora bien, a nuestro juicio esta solución legal que, a mayor abundamiento, es la aplicada actualmente por los tribunales laborales (24), es claramente contradictoria con la distinción, en un plano general entre Derecho Común y Derecho especial (aplicado a las relaciones entre Derecho Civil y Derecho del

Trabajo), y, en un plano más específico entre legislación laboral "común" y especial (aplicado a las relaciones entre contrato de trabajo y contrato de trabajo especial).

En el primer sentido, baste exponer lo que hoy es admitido por la generalidad de la doctrina laboralista; a saber, que, a pesar de la interrelación de ambas disciplinas jurídicas (25), el Derecho del Trabajo no es un Derecho especial frente al Derecho Civil, sino que "ha llegado a convertirse en una parte del Derecho común" (26). Es, en definitiva, "el Derecho común regulador del trabajo asalariado" (27).

Y esta solución influye en la perspectiva específica de la relación contrato de trabajo/contrato de trabajo especial, pues si admitiéramos que el Derecho del Trabajo es un Derecho especial frente al Derecho Civil, tendríamos que admitir, igualmente, que el R.D.1382/1985, de 1 de agosto está regulando "normalmente" la materia del derecho supletorio aplicable en defecto de regulación; el Derecho Común de esta relación laboral no sería el Derecho del Trabajo, sino el Derecho Civil y las relaciones "especiales" de trabajo lo serían respecto a la contratación "común" civil.

Pero, no hay que olvidarlo, la solución propuesta por el R.D.1382/1985, de 1 de agosto para la regulación de la relación del alto directivo es claramente excepcional respecto a la prevista para el

resto de las calificadas como relaciones especiales de trabajo; y, de otro lado, la relación del alto directivo es, en su esencia, una prestación remunerada de servicios a otro, es decir, una relación laboral y, en consecuencia, el legislador ha de regular, precisamente, una relación laboral sin desnaturalizarla. De otra forma, viola el Estatuto de los Trabajadores (artículo 2º, inciso inicial) y se sale "ultra vires" de lo dispuesto en su Disp.adicional segunda. Por eso, aun cuando el artículo 3º.3 del citado reglamento no entienda aplicable como derecho supletorio la legislación laboral, su aplicación práctica será tan escasa en el aspecto interno de la relación jurídica, que no creemos posible afirmar que se haya desnaturalizado la semi-laboralidad de la relación del alto directivo, tanto más cuanto que, hay que entender aplicables a esta relación laboral, con carácter previo a lo dispuesto en la legislación civil y mercantil y sus principios generales, los principios constitucionales laborales.

La solución legal adoptada respecto a la cuestión del derecho supletorio, como expusimos al comienzo de este apartado, influye en la que haya de adoptarse respecto al criterio orientador de la regulación contractual de aquellos aspectos de la relación, en el supuesto que las partes hayan optado por la misma.

Puede afirmarse, pues, que para el legislador el Derecho común de esta relación laboral especial es el Derecho civil; en este sentido, la regulación específica de aquellos aspectos de la relación que el reglamento de alta dirección deja a la plena libertad de las partes ha de efectuarse conforme a lo dispuesto en el Código Civil. Pero, y ésta es la cuestión, la legislación civil en alguno de estos supuestos nada dice (por ejemplo, en materia de período de prueba, pacto de permanencia o faltas...) y, en otros, deja plena libertad a las partes (así, en cuanto a la forma del contrato -artículo 1278; o en cuanto a la duración del contrato -artículo 1583); por eso, admitida la autonomía privada como principio ordenador e informador del Derecho Civil, habría de admitirse la plena libertad de las partes en cuanto al modo de regulación de esos aspectos de su relación, pero sometidas a los límites intrínsecos a su autonomía: la moral, las buenas costumbres, el orden público o la causa no torpe.

B.1.2.El carácter esencialmente dispositivo del R.D.1382/1985. Interpretación.

A pesar del carácter esencialmente dispositivo de las normas del reglamento de Alta Dirección, hay que tener en cuenta, a nuestro juicio, la fundamentación que otorga **DE CASTRO** a este tipo de

normas; si entendemos que las mismas "no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan la regulación normal...(es decir), son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes y tienen una función ordenadora, no pueden ser desplazados sin una razón suficiente" (28). Se trata, en definitiva, de otorgar a estas normas un cierto carácter imperativo, cuando, precisamente, el objeto de estas normas es solventar posibles dudas interpretativas que podrían producirse de no existir; en algunos supuestos reafirmando la regla general, en otros, estableciendo reglas especiales respecto a la legislación laboral, por ejemplo en cuanto a la duración del contrato (presunción de temporalidad), suspensión del contrato en el supuesto de promoción interna o cuantía de las indemnizaciones en los supuestos de extinción.

De acuerdo con esta doctrina, bien pudiera afirmarse que los preceptos del R.D.1382/1985, a pesar de ser dispositivos, son la "consecuencia natural o típica de esta clase de contrato" y, por tanto, aplicables de modo preferente; así, en el supuesto específico de indemnizaciones en caso de extinción del contrato (artículos 10.3 y 11.2), la cuantía legal ha de entenderse como límite mínimo del posible pacto indemnizatorio o, dicho de otra forma, dicho pacto "tendrá que respetar, al menos, los niveles de

las indemnizaciones legales" (29).

Si no entendemos así las normas del R.D.1382/1885, la autonomía privada tendría tal eficacia, unido a que, como veremos, la legislación laboral sólo es aplicable cuando existe remisión expresa a la misma, que deberíamos concluir, sencillamente, que no estamos ante una relación laboral. Si no fuera porque en su esencia estamos ante una prestación remunerada de servicios a otro.

De los preceptos del R.D.1382/1985, la mayoría se refieren a la relación jurídica ya creada; poco establecen sobre constitución de la relación jurídica, sobre el acuerdo contractual propiamente dicho (salvo forma, exigencia de ejemplar duplicado y contenido mínimo); no dice nada (y tampoco remite al Estatuto de los Trabajadores) en cuanto, por ejemplo, capacidad contractual, validez del contrato o ingreso al trabajo. En estos casos ha de cuestionarse si cabe una interpretación amplia del término "demás normas que sean de aplicación" o, por el contrario, una interpretación literal y conjunta de los apartados 2º y 3º de su artículo 3. Si optamos por la primera interpretación, como a continuación veremos, puede entenderse aplicable el Estatuto de los Trabajadores en cuanto sus normas, en estos supuestos, pueden ser calificadas de normas de orden público laboral. Pero, si optamos por la interpretación literal del precepto, la no existencia de remisión expresa al

Estatuto de los Trabajadores en estos supuestos, unido a la consideración del Derecho Civil como derecho supletorio, las reglas a aplicar serían estas últimas.

B.2. "Las demás (normas) que sean de aplicación"

Según el artículo 3º.1 del R.D.1382/1985 la autonomía privada está sujeta, no sólo a las normas imperativas que establece el propio reglamento, sino también "a las demás [imperativas] que sean de aplicación".

La ambigüedad del legislador es aquí grande, introduciendo un elemento de inseguridad perturbadora; acrecentada por la limitación del número 2º del citado precepto reglamentario que, por el contrario, es tan claro en su formulación que impide otra interpretación que no sea la literal -el "sentido propio de sus palabras" que dice el artículo 3º del Código Civil-, por la cual, como veremos, parecen haber optado, no sin doctrina vacilante, nuestros tribunales en supuestos específicos de la relación laboral del personal de alta dirección (Fondo de Garantía Salarial y salarios de tramitación).

Una primera interpretación posible de la expresión del artículo 3º.1 del R.D.1382/1985 podría ser la de considerar que esas "demas (normas) que

sean de aplicación", son las de la "legislación laboral común" de que habla el artículo 3º.2; si esto fuese así, la autonomía privada en esta relación laboral tendría una eficacia "normativa" complementaria. El R.D.1382/1985 no supondría, entonces, una alteración del sistema de fuentes que establece el artículo 3º del Estatuto de los Trabajadores; se entendería, por tanto, como norma imperativa legal, no sólo lo dispuesto con ese carácter en el propio reglamento de Alta Dirección, sino también la legislación laboral común, de la que cabe "presumir su carácter imperativo, salvo indicación en contrario" (30).

Pero esta interpretación choca, como advertíamos más arriba, con el límite que el propio R.D.1382/1985 establece a la aplicación de esas normas; según su artículo 3º.2, la legislación laboral sólo es aplicable si existe remisión expresa; y, aun cuando ésta exista, añadimos nosotros, siempre que la norma remitida tenga el carácter de "ius cogens".

La remisión a la legislación laboral común plantea los problemas siguientes:

1º.Clasificación de las normas a las que el reglamento de Alta Dirección se remite, con lo que quedaría completo, el regimen jurídico legal que se establece para el personal de alta dirección.

2º.Carácter imperativo o dispositivo de esas normas remitidas, con lo que se concretaría el límite legal a la autonomía privada en esta relación

jurídica.

3º.Posibilidad o no de una interpretación amplia del término "legislación laboral común", entendiendo por la misma, no sólo el Estatuto de los Trabajadores, sino también el resto de normas laborales, legales y convenidas colectivamente. La duda surge porque de la redacción del artículo 3º.2 parece desprenderse que las normas del Estatuto de los Trabajadores son una de las posibles a que puede remitirse el R.D.1382/1985, cuando lo cierto es que, de un estudio exhaustivo de sus preceptos, se desprende que sólo a ellas se remite.

Por lo que respecta a la cuestión primera, las normas laborales a que el R.D. se remite expresamente son las siguientes:

a.En materia de extinción del contrato, se remite al Estatuto de los Trabajadores en cuanto a la forma y efectos del despido disciplinario (remisión al artículo 55) y a otras causas de extinción y procedimiento (remisión genérica al Estatuto de los Trabajadores)

b.En materia de infracciones y sanciones laborales del empresario, la remisión al artículo 57 ha de entenderse hoy a la norma que derogó y sustituyó a dicho precepto (Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social)

c.En materia de prestaciones del empresario, en

concreto, en cuanto a inembargabilidad del Salario Mínimo Interprofesional (remisión al artículo 27.2), liquidación y pago del salario (remisión al artículo 29) y Garantías del salario (remisión al artículo 32).

d.En materia de continuidad del contrato de trabajo, el reglamento se remite al artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a las causas y efectos de la Suspensión del contrato de trabajo.

e.En materia de ejercicio de derechos, se remite al artículo 59 en cuanto a la Prescripción de acciones

Si entrar ahora en la valoración de estas remisiones desde el punto de vista de la especialidad de la relación laboral del personal de alta dirección, para la que, ciertamente, en determinados supuestos puede ser incompleta y, en otros, excesivamente uniformadora. Sin entrar en esa valoración, decíamos, estas normas, en cuanto a ellas hay remisión expresa en el R.D 1382/1985 y son imperativas, estarían incluidas en el término "demás normas que sean de aplicación" y, por tanto, serían límite legal a la autonomía privada en la regulación de la relación jurídica del personal de alta dirección.

Como hemos dicho, no hay en el R.D.1382/1985 remisiones a la legislación laboral que no sean a las normas del Estatuto de los Trabajadores. Por eso

cabría preguntarse si, [en un intento por limitar más la autonomía privada en esta relación jurídica, acercándola lo más posible a los principios que inspiran el Derecho del Trabajo.]es posible, en primer lugar, interpretar ampliamente (31) el término "legislación laboral común", entendiendo aplicable al personal de alta dirección otras normas laborales no incluidas en él; y, en segundo, si otras normas del Estatuto de los Trabajadores, además de las remitidas expresamente en el R.D.1382/1985, son o pueden entenderse como límite a la autonomía privada. Se trata, en definitiva, de interpretar la expresión de su artículo 3º.2 : "las demás normas de la legislación laboral, incluido el Estatuto de los Trabajadores, sólo serán aplicables ...(cuando)...así se haga constar específicamente en el contrato"

B.2.1.Normas constitucionales de contenido laboral. Especial consideración del límite constitucional de la jornada

Advertíamos que uno de los problemas a resolver era la posibilidad de una interpretación amplia de la expresión "legislación laboral común". En este sentido, sin lugar a dudas existen normas imperativas que, fuera del contenido estricto del Estatuto de los Trabajadores, forman parte del término "legislación laboral" y cuya aplicación al personal de alta

dirección (aún como la modalidades precisas, derivadas del carácter especial de esta relación laboral) resultaría sin más de la caracterización del mismo como trabajador por cuenta ajena y de su relación como laboral. En efecto, los derechos, principios y valores relativos al tra*bajo constitucionales son aplicables, no sólo por la remisión del artículo 2º.2 del Estatuto de los Trabajadores ("... la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución"), sino también por el carácter que se ha de atribuir a los preceptos constitucionales (artículos 14 a 29, en especial, conforme al artículo 53.2 de la Constitución) desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del Derecho: las normas contenidas en su Parte dogmática tienen eficacia directa; "son fuente directa del Derecho" (32).

Los derechos, deberes y principios estrictamente laborales y aquéllos que tienen su "versión laboral" contenidos en la Constitución que, en su conjunto, forman el "Orden Público constitucional", se entenderían aplicables al alto directivo. En este sentido, cabe, pues, hacer una valoración global de esa aplicación.

De entre los denominados "derechos fundamentales y libertades públicas", hay algunos (como la libertad ideológica, derecho a la intimidad personal, libertad de expresión) que, su aplicación al alto directivo ha

de entenderse fuertemente modalizada en virtud del fundamento legal de su relación laboral (buena fe y especialísima confianza); o dicho de otra forma, la aplicación de estos derechos al alto directivo permite una interpretación flexible, sin desnaturalizarlos (piénsese, por ejemplo, en el supuesto de ejercicio de funciones de alta dirección -cargo de Director de Periódico- en los medios de comunicación).

Otros derechos fundamentales y libertades parece que han de ser aplicados sin limitaciones; así, en el caso de la libertad de sindicación, desarrollada por la Ley Orgánica de Libertad Sindical, cuyo artículo 1º no excluye al personal de alta dirección, que será estudiada detenidamente en este mismo Capítulo

Por último hay derechos fundamentales y libertades que, no sólo han de aplicarse en cuanto tales al alto directivo, sino, lo que es más importante, obligan a aplicar otras normas de contenido laboral aun cuando las mismas no se encuentren en la propia Constitución.

Así, el principio de igualdad y no discriminación, cuya versión laboral (artículos 4º.1.c y 17 del Estatuto de los Trabajadores) se extiende a dos momentos: "para el empleo y una vez empleados"; de donde deriva que se aplique a la relación laboral especial de alta dirección un precepto específico del Estatuto de los Trabajadores al que no remite expresamente el R.D.1382/1985. Nos

estamos refiriendo al artículo 16 que prohíbe la existencia de agencias privadas de colocación "que tengan por objeto la contratación laboral de todo tipo".

En ese mismo sentido, del derecho a la integridad física se deriva la aplicación al personal de alta dirección de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo (artículo 19 del Estatuto de los Trabajadores y Ordenanza General de Higiene y Seguridad en el trabajo, aprobada por O.M. de 9 de marzo de 1971), tanto más cuanto que la Directiva CEE 89/391, de 12-VI-1989 (DOCE L-183, de 29-VI-1989) relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (33) entiende por trabajador (artículo 3º) "cualquier persona empleada por un empresario...", con la exclusión sola de los trabajadores al servicio del hogar familiar.

Y, por último, el derecho a la educación unido al derecho a la integridad física, obligan (34) a entender aplicables al alto directivo las normas del Estatuto de los Trabajadores (artículos 6º y 7º) relativas a la limitación de la capacidad para contratar y para la realización de ciertos trabajo.

De entre los denominados "derechos y deberes de los ciudadanos", merece especial atención el artículo 37 de la Constitución, del que parece derivarse los derechos del alto directivo a la negociación

colectiva y a adoptar medidas de conflicto colectivo; sin embargo el artículo 16 del R.D.1382/1985 veda, de hecho, esta posibilidad como veremos detenidamente más adelante.

Por último, entre los "principios rectores de la política social y económica", hay que mencionar el artículo 40.2 de la Constitución, según el cual "los poderes públicos...garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas..."; en aplicación de este precepto constitucional, hay que concluir que la autonomía de las partes en este aspecto (artículo 7º del R.D.1382/1985) está limitada, no sólo por la costumbre, a que genéricamente se remite este precepto, sino también por esta norma imperativa constitucional.

Por tanto, el personal de alta dirección tendrá derecho al descanso diario y semanal y a la limitación de la jornada, aunque en ambos casos no se aplique las normas imperativas, normalmente mínimas, que establece el Estatuto de los Trabajadores y normas de desarrollo; es decir, aunque no sea de aplicación el régimen común por la especialidad del trabajo o función desarrollada. Y es que, en definitiva, el propio precepto reglamentario citado parece contener una especie de la prohibición del "exceso notorio".

En relación ⁴la jornada máxima legal, no hay que

olvidar la tradicional exclusión del alto directivo de las normas internas e internacionales sobre jornada máxima (35), mantenida hoy por el R.d.2001/1983, de 28 de julio (artículo 1º), que excluye a todas las relaciones laborales especiales "respecto de las que se estará a su regulación específica"; se trata, por tanto, de una delegación del poder reglamentario desde el mismo órgano que lo detenta que, si bien no parece caber en nuestro sistema de distribución de competencias normativas, ha sido utilizada con diferente criterio en ~~las~~ *normas* de desarrollo de las relaciones laborales. En efecto, mientras la mayoría remiten en esta materia a la legislación laboral (se aplican a las mismas los límites legales establecidos por el Estatuto de los Trabajadores), sólo dos (representantes de comercio y altos directivos) establecen libertad de jornada.

Ahora bien, una cosa es que en virtud del artículo 2º y Disp.adicional 2º del Estatuto de los Trabajadores se establezcan peculiaridades en esta materia por las disposiciones reglamentarias de desarrollo, y otra que sean el cauce de una liberalización del régimen de jornada; si no se aplica el régimen común, el R.D.1382/1985 debió establecer él mismo unos límites determinados y no remitir al genérico de la costumbre.

Ante la ausencia, pues, de esos límites legales,

ha de plantearse en qué medida el mandato constitucional de la limitación de jornada puede ser aplicado a alto directivo. El problema puede plantearse sobre un supuesto específico, como puede ser si el alto directivo tiene derecho a realizar horas extraordinarias y, en consecuencia, a que se le aplique el régimen legal de las mismas.

Esta cuestión se ha planteado en Italia donde, al igual que en España, ha sido tradicional la exclusión del alto directivo del límite legal de la jornada (artículo 1º r.d.l. de 15 de marzo de 1923 y artículo 3º r.d.1955, de 10 de septiembre de 1923) y, en consecuencia, se ha considerado no aplicable el régimen legal de horas extraordinarias y, en consecuencia, se ha declarado que el alto directivo no tiene derecho a la compensación económica del trabajo extraordinario. Pero ésto no quiere decir que no pueda hablarse de una limitación, al menos genérica, de la jornada del alto directivo; en este sentido, la Corte Costituzionale, en sentencia n.101 de 7 de mayo de 1975, ha estimado que la exclusión del alto directivo de la compensación económica extraordinaria no tiene carácter absoluto en base al principio de la "ragionevolezza" (con fundamento, a su vez, en la propia salud e integridad física y psíquica del alto directivo y la objetiva exigencia de la actividad desarrollada).

En aplicación de esta doctrina constitucional, la jurisprudencia ordinaria (36) ha entendido que

en límite temporal de la prestación existen dos problemas: uno, ligado a la tutela de la salud del trabajador, del que deriva un límite máximo de la jornada en aplicación del artículo 31 de la Constitución italiana; y otro, relativo a la mayor retribución de la prestación desarrollada en ~~ex~~ceso respecto a ese límite (horas extraordinarias). Pues bien, en el alto directivo esa retribución no trata de compensar trabajo extraordinario (ya que no existe un límite máximo legal a partir del cual entender que estamos ante un trabajo extraordinario), sino que la misma se debe proporcionalmente a la cantidad y calidad del trabajo desarrollado.

Del estudio realizado de las normas constitucionales laborales cabe concluir que las mismas, directa o indirectamente, son aplicables a esta relación laboral especial y, lo que es más importante, obligan, desde nuestro punto de vista, a aplicar otras normas que, siendo desarrollo de las previsiones constitucionales, se encuentran bien en el Estatuto de los Trabajadores, bien fuera del mismo. Por tanto, sería posible extraer tres observaciones importantes del estudio realizado; a saber:

Primera, que existen normas del Estatuto de los Trabajadores que, aun cuando no son remisiones expresas del R.D.1382/1985, han de entenderse aplicables a esta relación laboral especial en cuanto

forman parte del orden público laboral.

Segunda, que hay normas que, incluidas en la expresión "legislación laboral común", en el sentido que son desarrollo de los preceptos constitucionales de contenido laboral, son aplicables al alto directivo aunque no integren formalmente el contenido estricto del Estatuto de los Trabajadores, al que exclusivamente se remite el R.D.1382/1985.

Tercera, que el resto de normas de la legislación laboral, incluidas o no en el Estatuto de los Trabajadores, a las que no se remita expresamente el R.D.1382/1985 y a las que no pueda otorgarse el carácter de normas de orden público, no serán aplicables a esta relación laboral de carácter especial.

Por tanto, ha de aceptarse la jurisprudencia actual (en este sentido, STS de 26 de enero de 1990 - Ar.218) que tiende a una interpretación literal del artículo 3º.2 del R.D.1382/1985 ("las normas de la legislación laboral común...sólo serán aplicables en los casos que se produzca remisión expresa en este Real Decreto..."), siempre que se trate de normas no remitidas que no tengan el carácter de orden público, de acuerdo con la primera observación; no en el caso contrario.

B.2.2.Remisiones "contractuales" a la
legislación laboral. Interpretación.

El estudio del artículo 3º.2 del R.D.1382/1985 no quedaría completo si no intentásemos interpretar, tal como advertimos anteriormente, la expresión de dicho precepto: "las demás normas de la legislación laboral...sólo serán aplicables...[cuando] así se haga constar específicamente en el contrato"; se trata, en definitiva, de determinar el valor o eficacia de las remisiones posibles que se hagan en el contrato del personal de alta dirección a normas laborales a las que no haya remitido el R.D.1382/1985.

Recordemos que, en este sentido, el artículo 1255 del Código Civil admite que las partes puedan establecer las cláusulas que estimen por conveniente, siempre que se respeten los límites que hasta ahora hemos señalado; por tanto, y como contenido de esa autonomía privada, las partes pueden remitir a normas laborales en la regulación del contrato del alto directivo.

Pero hay que distinguir dos supuestos; a saber, primero, que la norma laboral a que las partes remitan sea una de las "llamadas" expresamente por el R.D.1382/1985. En este supuesto, dicha remisión contractual es innecesaria (se trataría, en definitiva, de una disposición de autonomía privada secundum legem) porque, en estos supuestos, la norma laboral

remitida contractualmente prevalece siempre sobre lo establecido por las partes, siendo nulo si la contradice. Es, pues, derecho objetivo imperativo.

Y segundo, la remisión puede hacerse a norma distinta de las recién citadas; en estos supuestos, de acuerdo con **BORRAJO** (37), hay que distinguir según "la naturaleza jurídico-privada o pública" de la norma a la que se remita.

No puede ser llamada una norma laboral jurídico-pública que no ha sido llamada por el R.D.1382/1985; la remisión en estos casos devendría ineficaz y la cláusula contractual nula.

Por el contrario, sí puede ser llamada una norma privada, que aparecerá en el contrato como cláusula privada; por tanto, con valor o eficacia de disposición de autonomía privada, con los límites que el ordenamiento jurídico establece.

Sin detenernos en un estudio pormenorizado de los supuestos (a los que se dedicará mayor atención en otras partes del estudio), existen ejemplos de esta diferencia, alguno de ellos extraídos de la jurisprudencia para la que ha tenido especial relevancia el sistema de fuentes que establece el artículo 3º del R.D. 1382/1985.

En primer lugar, en cuanto a las garantías del salario, y a pesar de una primera doctrina en sentido contrario (38), la jurisprudencia actual (39) es

partidaria de la no aplicación del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, relativo al Fondo de Garantía Salarial, al personal de alta dirección. Sin valorar ahora esta jurisprudencia, que será estudiada detenidamente cuando nos refiramos a la Remuneración del alto directivo, puede anticiparse que los Tribunales han seguido una interpretación literal del artículo 3º.2 del R.D.1382/1985 (no existe remisión expresa a ese precepto del Estatuto de los Trabajadores, luego el mismo no ha de aplicarse); si esta interpretación se mantiene, como así parece dado el número cada vez creciente de sentencias en el mismo sentido (40) -aunque creamos que será conveniente e, incluso, necesario que la misma se modifique- no será posible entender que por remisión del contrato se puedan aplicar las normas sobre el Fondo de Garantía Salarial, institución jurídico-pública.

En segundo lugar, ante la ausencia de remisión expresa al artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, la jurisprudencia actual (41) entiende, no sin contradicciones en su razonamiento, que no son aplicables a esta relación laboral los salarios de tramitación para el supuesto de que el despido del alto directivo sea declarado improcedente; no aplicación que, precisamente, se fundamenta en la interpretación literal del artículo 3º.2, aunque una primera jurisprudencia intentó

salvar esa falta de remisión (42). Cambio de jurisprudencia pues, que, al igual que para el caso del Fondo de Garantía Salarial, nos indica que los Tribunales tienden a optar en todos los supuestos falta de remisión por la interpretación más alejada de lo que en buena lógica jurídica parece exigir la relación contrato de trabajo/contrato de trabajo especial.

Pero hablábamos de falta de rigor; y es que no sólo interpreta literalmente el artículo 3º.2 del R.D.1382/1985, sino, además, extensiva o ampliamente los supuestos de no remisión. En este sentido, cabe mencionar la STS de 5-VI-1990 (Ar.5019), donde, por un lado, el Tribunal asimila el despido nulo al improcedente, en cuanto a la no aplicación de los salarios de tramitación si se opta, en ambos supuestos, por la indemnización; y, por otro, considera aplicables esos salarios cuando se opte, también en ambos casos, por la readmisión.

A nuestro juicio, o se aplica el Estatuto de los Trabajadores con todas sus consecuencias o no se aplica si se mantiene una interpretación literal del artículo 3º del R.D. 1382/1985; si se afirma que el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores no ha de aplicarse puesto que a él no se remite el R.D.1382/1985, los salarios de tramitación no han de aplicarse en ningún caso (ya se opte por la readmisión o por la indemnización).

Pero es que cabe otra posible solución siempre

que no se interpreten ampliamente los supuestos de no remisión. Interpretando conjuntamente los artículos 11.2 y 3 del R.D.1382/1985 y el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores (al que sí remite el citado R.D.), es viable un resultado distinto al que propone el Tribunal Supremo. Por un lado, el artículo 11.2 del R.D. se remite al artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a forma y efectos, entre ellos, los del despido nulo (artículo 55.4); por otro, el artículo 11,3 del R.D.1382/1985 establece una especialidad doble del despido nulo frente al Estatuto de los Trabajadores: no readmisión obligatoria (se deja al acuerdo de las partes) y cuantía de la indemnización (la misma que la prevista para el despido improcedente en el artículo 11.2). Por tanto, a modo de conclusión, fuera de estos supuestos especiales y teniendo en cuenta la remisión al artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, han de aplicarse los efectos que ese precepto establece para el despido nulo; a saber, pago de los salarios de tramitación.

Y es que si interpretamos ampliamente la no remisión del R.D.1382/1985 al Estatuto de los Trabajadores, no habría diferencia alguna entre uno y otro de los efectos del despido, cuando es claro que la misma existe; en la legislación laboral "común" el diferente carácter de la readmisión; en la regulación especial del alto directivo en el pago o no de los salarios de tramitación.

Pero, aun cuando ésta sea la interpretación jurisprudencial, con las salvedades que hemos puesto de manifiesto, una cosa es que no se paguen los salarios de tramitación cuando el despido del alto directivo sea declarado improcedente y nada se prevea en el contrato, y otra que sea nulo el contrato de alto directivo en que aquellos puedan establecerse; la cláusula contractual de aplicación de los salarios de tramitación sería válida y, por tanto, la norma laboral remitida (artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores) tendría carácter de norma privada y dispositiva para las partes en esta relación jurídica.

Por último, y sin pretender agotar las posibilidades, podemos mencionar un tercer supuesto de remisión contractual a normas no remitidas, a su vez, por el R.D.1382/1985. Esta caso podría ser el de las excendencias voluntarias (artículo 46.2 y 3, segundo párrafo del Estatuto de los Trabajadores); a ellas no se remite el R.D.1382/1985 (recuérdese que su artículo 15.2 remite exclusivamente al artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores), pero nada obsta, el contrato no sería nulo, a que las partes acuerden que el alto directivo tenga derecho a ellas con los mismos requisitos y efectos que establece el Estatuto de los Trabajadores. Se aplica éste, por tanto, no como norma de derecho objetivo imperativo, sino como disposición de autonomía privada.

III.LA AUTONOMIA COLECTIVA COMO LIMITE DE LA AUTONOMIA PRIVADA EN LA RELACION JURIDICA DEL ALTO DIRECTIVO (Una exploración del convenio colectivo de o para el personal de alta dirección)

En las páginas anteriores se ha analizado el elemento de conexión entre norma legal laboral-autonomía privada en la constitución y regulación de la relación jurídica del personal de alta dirección. En este sentido, hemos afirmado que, frente al significado relativo de la autonomía privada en la relación jurídico-laboral, el supuesto específico del alto directivo gira en torno al pacto entre las partes o, lo que es lo mismo, que "el eje fundamental de la regulación del personal de alta dirección va a estar en su contrato" individual (43). Y es que, a pesar de nuestra interpretación amplia del límite legal laboral para esta relación jurídica, somos conscientes que la redacción del artículo 3º.2 R.D.1382/1985 es tan rotunda que, como de hecho ha ocurrido ya en varios supuestos, impedirá esa aproximación intentada a las normas laborales "ordinarias".

Se trata ahora de examinar si ésto se confirma en el plano colectivo; se ha de analizar, por tanto, si la conexión entre la autonomía colectiva y la autonomía privada en el supuesto del alto directivo es jerárquico y, en consecuencia, si la autonomía

colectiva es límite "intrínseco" de la individual en la relación del personal de alta dirección, con ajuste a la prelación de fuentes que se desprende del artículo 3º del Estatuto de los Trabajadores.

Recordemos que el segundo aspecto o significado de la relatividad de la autonomía privada individual en el Derecho del Trabajo a que hacíamos referencia en páginas anteriores se debe al surgimiento de la autonomía colectiva a medio camino entre aquélla y el intervencionismo estatal (heteronomía propiamente dicha). De ello resulta que, en virtud de los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa, el convenio colectivo tiene una doble función (44): por un lado, la de mejora de los <<standars>> mínimos legales, aunque doctrinalmente se entienda hoy que no existe un sometimiento estricto a esos principios en la relación ley-convenio colectivo y se hable de la existencia de un "espacio vital" de autonomía colectiva (45). Por otro, como segunda función, corresponde al convenio colectivo establecer sus propios <<standars>> normativos mínimos, susceptibles de mejora por la autonomía privada; es por tanto, desde el sistema de fuentes de la relación laboral, "derecho necesario e indisponible respecto del contrato individual" (46), es decir, al igual que la norma legal, Derecho objetivo imperativo para la autonomía privada individual (47).

Pero el expuesto es sólo uno de los significados de la autonomía colectiva; previo, y unido al mismo, es su carácter de derecho constitucional laboral, reconocido en el artículo 37.1 de la Constitución, en conexión "íntima" (48) con otros dos preceptos constitucionales (artículos 7º y 28.1). Este reconocimiento constitucional nos obliga a plantear la cuestión de cuáles sean los derechos colectivos laborales que han de tener reconocidos los altos directivos y qué alcance o significado han de otorgarse a los mismos en virtud de la especialidad de esta relación laboral, señaladamente, si los altos directivos tienen los mismos intereses colectivos que los trabajadores "ordinarios" e, incluso, si se puede hablar del "colectivo" de trabajadores de alta dirección, como conjunto de posibles trabajadores que tienen unos intereses de grupo específicos, no ya distintos a los del resto de trabajadores ordinarios, sino frente al empresario, con el que sociológica y jurídicamente se ha identificado (49).

Pero debemos advertir que, aun cuando la valoración conjunta de la Constitución (artículos 28.1 y 37.1), el Estatuto de los Trabajadores (artículo 3º) y el R.D.1382/1985 (artículo 3º) posibilite las opciones interpretativas que se intentan en las páginas siguientes, lo cierto es que la práctica puede hacer infructuoso cualquier intento de solución jurídica; y es que, por más que se

arbitren los mecanismos jurídicos posibles para la protección y solución de los conflictos laborales de los altos directivos, lo cierto es que no creemos que los mismos vayan a solucionarse a través de estos instrumentos colectivos. La posición social y laboral del alto directivo (la igualdad entre el empresario y el alto directivo, a que hacíamos mención en páginas anteriores) permite al mismo utilizar los mecanismos jurídicos individuales (su propio contrato) sin tener que recurrir a fórmulas colectivas, que, por otra parte, difícilmente serán aceptadas por el empresario y sus organizaciones y difícilmente podrán homogeneizar intereses tan individualistas. Si a ello añadimos que no existe, como veremos, un deber de negociar colectivos extraestatutarios -única fórmula posible de negociación colectiva para el alto directivo-, habrá de concluirse que la autonomía privada individual como poder de autorregulación de esa relación jurídica alcanza el valor cuasi-absoluto que atribuye el Código Civil, frente a la concepción del Derecho del Trabajo, en el que el alto directivo ha sido forzosamente integrado.

A.RESPUESTA DESDE EL R.D.1382/1985

Los dos aspectos o significados de la autonomía colectiva (límite intrínseco de la autonomía privada individual y derecho constitucional) son

implícitamente recogidos en sentido restrictivo por el legislador el R.D.1382/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección; del que se derivan, en efecto, las restricciones siguientes:

Primera- El convenio colectivo no aparece en el artículo 3º del citado reglamento como límite a la autonomía privada en la regulación de la relación jurídica del alto directivo; no existe mención alguna a la fuente específica del Derecho del Trabajo a que se refiere el artículo 3º del Estatuto de los Trabajadores.

Segunda- No existe remisión expresa a las normas laborales que desarrollan los derechos de libertad sindical (artículo 28.1 de la Constitución) y negociación colectiva (artículo 37.1 de la Constitución) -Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y Título III del E.T.: "De la negociación y de los convenios colectivos", respectivamente.

Tercera- Se excluye expresamente (artículo 16 R.D.1382/1985 para el alto directivo el sistema de representación unitaria del Título II del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo que, en principio, podrían ser tres las opciones interpretativas; a saber:

1ª.El alto directivo tiene derecho a la

negociación colectiva con las mismas garantías, requisitos y efectos que para el trabajador ordinario (50). Posibilidad que, como veremos, veda el artículo 16 R.D.1382/1985 y la propia especialidad de la relación.

2ª.El personal de alta dirección tiene reconocido el derecho a la negociación colectiva con las especialidades que deriven de su relación (51); posibilidad que dependerá de la interpretación que efectuemos del artículo 37.1 de la Constitución.

3ª.El personal de alta dirección está excluido (52) del derecho a la negociación colectiva; opción ésta que, a nuestro juicio, se ha de rechazar (53) desde la interpretación del valor de las normas de la parte dogmática de la Constitución como fuente del Derecho del Trabajo y desde la remisión expresa del artículo 2º.2 del Estatuto de los Trabajadores a los derechos constitucionales "básicos".

En efecto, conviene tener en cuenta como presupuesto previo o orientador de nuestra opción interpretativa que la inclusión legal del personal de alta dirección en el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo no ha de ser exclusivamente desde el punto de vista individual o, si se quiere, desde el contrato individual de trabajo. Desde el Derecho colectivo del Trabajo, una cosa es que se afirme que los intereses del alto directivo son diferentes a los del resto de los trabajadores "ordinarios", por lo que han de establecerse las especialidades propias derivadas de

su interés específico como grupo; y otra que se arbitren los mecanismos jurídicos satisfactorios para garantizar los derechos constitucionales laborales que el alto directivo, como trabajador, ha de tener reconocidos, siquiera sea con las peculiaridades propias derivadas de la especialidad de su relación laboral (sentido nominalista y realista a que se refiere **BORRAJO** (54) en el estudio de la aplicación de las normas constitucionales al alto directivo). De no ser así, es decir, si fuera posible excluir la negociación colectiva propia o exclusiva para el alto directivo, tendríamos que plantear abiertamente la inconstitucionalidad del artículo 16 R.D.1382/1985.

Desde esta perspectiva, hay que tener en cuenta que la Constitución (artículo 37.1) no establece restricción subjetiva alguna del ámbito del derecho constitucional a la negociación colectiva o, en expresión de **ALONSO OLEA** (55), "los trabajadores de que habla el art.37 C.E. son los por cuenta ajena que tengan reconocida por el ordenamiento jurídico la calidad de tales (en sustancia, hoy quienes quepan en la definición del art.1º y no estén excluidos por la relación del número 3 del art.1º del E.T.)"; ello significa que al alto directivo, a quien el ordenamiento jurídico reconoce la calidad de trabajador por cuenta ajena, aunque de carácter especial, ha de reconocérsele el derecho a la negociación colectiva.

Con estas consideraciones previas, veamos qué especialidades cabe atribuir en este tema al personal de alta dirección.

B.EXCLUSION DEL MODELO DE NEGOCIACION COLECTIVA
DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

Partiendo de la afirmación doctrinal unánime que el Estatuto de los Trabajadores ha optado por un modelo concreto de negociación colectiva, exigiendo unos requisitos específicos (56) y otorgando al convenio colectivo unos determinados efectos, la exclusión a que nos referimos ha de entenderse tanto, derivada de la especialidad de la relación, exclusión de la negociación colectiva "estatutaria" conjunta con el resto de trabajadores "ordinarios", como derivada del criterio legal de medición de la legitimación negocial de las representaciones sindicales, exclusión de la negociación colectiva "estatutaria" exclusiva para los altos directivos.

**B.1.Exclusión de la negociación colectiva conjunta
con los demás trabajadores**

La exclusión deriva de la propia especialidad de la relación laboral del alto directivo, en íntima relación con el carácter que ha de atribuirse a los

órganos de representación de los trabajadores (unitarios y sindicales) desde la perspectiva del interés tutelado por los mismos. Carácter del que resulta, como veremos, el núcleo de trabajadores o la base representada y representable por estos órganos que, conforme al Estatuto de los Trabajadores, están legitimados para negociar colectivamente.

B.1.1.1. Representación unitaria

En el estudio de este tema hay que partir del artículo 16 del R.D.1382/1985, conforme al cual, "sin perjuicio de otras formas de representación, el personal de alta dirección no participará como elector ni como elegible en los órganos de representación regulados en el Título II del Estatuto de los Trabajadores"; se trata, en definitiva, de determinar si esta previsión legal es justificable desde el carácter especial de la relación laboral del personal de alta dirección.

Pero la solución a la cuestión planteada requiere, a nuestro juicio, una reflexión previa sobre el significado doble que encierra el carácter unitario atribuido a los órganos de representación colectiva del Estatuto de los Trabajadores (Comité de Empresa y Delegados de Personal). En primer lugar, desde una perspectiva estrictamente orgánica -en

contraposición a los representantes sindicales- (57), que es la atribuida por el legislador cuando define el Comité de Empresa (artículo 68.1 del Estatuto de los Trabajadores) como "órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses...". En segundo lugar, en relación al objeto de su tutela, es decir, en relación al interés que están llamados a tutelar (58) en función del cual dichos órganos adquieren su razón de ser.

Pues bien, desde ambas perspectivas o significados el carácter unitario de los órganos de representación se desnaturalizaría si pretendiésemos incluir al alto directivo en el conjunto de los trabajadores de la empresa cuyos intereses tutelan esos órganos.

En efecto, desde la perspectiva orgánica es imposible agrupar a los trabajadores altos directivos en uno de los colegios electorales en uno de los colegios electorales (artículo 71 Estatuto de los Trabajadores) a efectos, de elección de esos representantes. Aun cuando se admita que existe "indeterminación respecto a los criterios de agrupación" (59) de los trabajadores en esos colegios, y que los mismos son más sociológicos que jurídicos (60), no hay que olvidar que los colectivos de trabajadores que los forman (técnicos, administrativos, obreros especialistas y no cualificados)

tienen un denominador común, que no es otro que su carácter de grupos o subgrupos profesionales conforme a la clasificación ya tradicional de las categorías profesionales (61). Este carácter falta en el personal de alta dirección, que no es un grupo profesional más, sino un "subtipo contractual diferenciado" (62); de ahí, por ejemplo, que la conversión de un trabajador ordinario en alto directivo no sea técnicamente un ascenso, ex artículo 24 del Estatuto de Trabajadores, sino que se califique como "promoción interna", ex artículo 9º R.D.1382/1985.

Además, ha de tenerse en cuenta, como veremos detenidamente, que -artículo 1º R.D.1382/1985- el legislador obliga a distinguir el personal de alta dirección de aquel colectivo con el que se ha venido confundiendo (los técnicos); por lo que no es coherente encuadrarlo en el colegio electoral de técnicos y administrativos para la elección de los órganos de representación unitaria.

Desde la segunda perspectiva, el interés tutelado, el fundamento legal de dicha especialidad, "recíproca confianza" entre el alto directivo y el empresario (artículo 2º R.D.1382/1985), nos lleva a contemplar la situación del alto directivo dentro de la empresa desde su contraposición con los demás trabajadores; y, desde este aspecto, es indudable que sus intereses profesionales y laborales no son los

típicos de los trabajadores ordinarios (incrementos salariales, garantías frente al despido, limitaciones de las modificaciones sustanciales del contrato...) y, como consecuencia del ejercicio por el alto directivo del poder de dirección del empresario, va a aparecer frente al resto de trabajadores como personalización en la empresa de los intereses propios de aquel. De ahí que, aun cuando se reconozca la existencia de diversidad de intereses entre los subgrupos profesionales que forman el colectivo de los trabajadores y, por tanto, los órganos de representación unitaria actúen la síntesis de esos intereses, diferenciados pero unificables (63), para el personal de alta dirección falta unos de los elementos de tal "unitariedad", a saber, "mitigar las demasías del ejercicio de los poderes directivos" del empresario (64); porque precisamente este ejercicio es uno de los elementos principales de la función del alto directivo.

En definitiva, pues, bien puede afirmarse que los conceptos de trabajador y de elector y elegible no coinciden a estos efectos; es preciso que a la "cualidad de trabajador se una la inexistencia de cualquiera de las causas que excluyan el derecho de sufragio" (65), señaladamente, desde nuestro tema de investigación, que el trabajador sea un alto directivo (66). A las causas genéricas de exclusión, ex artículo 69.1 del Estatuto de los

Trabajadores, se añaden las que justifican dicha exclusión para el "trabajador especial" alto directivo (67). A saber: primera, la falta de un interés que fuere unificable con el del resto de los trabajadores; segunda, que no es un grupo profesional incluible en uno de los colegios electorales. Por ello hay que admitir la legalidad del artículo 16 R.D.1382/1985, que afirma que el alto directivo "no participará como elector ni como elegible en los órganos de representación de los trabajadores regulados en el Título II del Estatuto de los Trabajadores." (68). En definitiva, el R.D.1382/1985 cumple en esta materia la función propia atribuida a las ~~normas~~ de desarrollo del artículo 2º Estatuto de los Trabajadores (regulación específica de las peculiaridades de dicha relación), conclusión a la que llega la ~~sent~~encia del Tribunal Supremo (Cont-adm) de 22 de octubre de 1987 (69), que declara legal la exclusión, aunque su razonamiento no es, quizás, lo claro que debiera.

Si a esta especialidad "material" (70) o, en expresión del Tribunal Constitucional (71), "diferencia notoria entre el conjunto de personal que ocupa cargos de alta dirección dentro de la empresa y el resto de los trabajadores de la misma", se une que no existe un derecho constitucional de los trabajadores a la representación unitaria (72), hay que admitir también que el legislador usó

correctamente el mecanismo de la "deslegalización normativa" (no aplicación al alto directivo de aquellos derechos de los trabajadores reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores cuando los mismos no sean, a su vez, reiteración de los derechos constitucionales).

B.1.2. Representación sindical

La especialidad de la relación del alto directivo se manifiesta también en la otra vertiente de nuestro sistema dual de representación colectiva de los trabajadores, es decir, la representación sindical.

Desde la perspectiva del interés tutelado, si bien es verdad que, en contraposición a los órganos unitarios, los órganos de representación sindical sólo extienden su actividad dentro de la empresa a los trabajadores afiliados al correspondiente sindicato, no hay que olvidar que nuestro ordenamiento jurídico laboral parte de la consideración de la existencia de unos sindicatos más representativos, legitimados para representar los intereses generales de los trabajadores (afiliados y no afiliados; altos directivos u "ordinarios") -por ejemplo, en materia de negociación colectiva- y que esa cualidad no se va a determinar conforme a la relación de afiliación a esos sindicatos, sino en virtud del resultado de las

elecciones a representantes unitarios de los trabajadores. Ahora bien, tampoco ha de olvidarse que el "trabajador" de alta dirección no puede participar en dichas elecciones al serle negado el derecho de sufragio activo y pasivo (otra cuestión sería si se negase su ejercicio o si el alto directivo se autoexcluyese) en virtud de la singularidad de su relación, como ya hemos visto.

La especialidad de la relación del alto directivo trasciende, pues, al ámbito personal de la negociación colectiva estatutaria a la que pueden acceder los órganos unitarios y los sindicales, siempre que cumplan los requisitos de legitimación que establece el Estatuto de los Trabajadores; en efecto, la unidad de contratación de un determinado convenio colectivo estatutario negociado por esos representantes de los trabajadores para el conjunto de trabajadores de un determinado ámbito territorial y funcional, que será, una vez negociado el convenio, su ámbito de aplicación personal, ha de excluir al alto directivo. Si éste no participa como elector ni como elegible en los órganos unitarios, se le está excluyendo de la base representada y representable de los sujetos que negocian estatutariamente (73) [órganos unitarios, directamente; representaciones sindicales, indirectamente, según el criterio de medición de la representatividad sindical basado en la audiencia electoral].

De donde resulta que estén excluidos de la negociación:

En primer lugar, y derivado de la "laboralidad" del convenio colectivo, quienes no sean trabajadores; en concreto, los comprendidos en el artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores (74): miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad.

En segundo lugar, y derivado de la finalidad del convenio (regulación convencional uniforme de los intereses de los trabajadores), exclusión de los trabajadores "especiales" de alta dirección, cuyos intereses no son compartidos por los trabajadores "ordinarios" (y viceversa) y que, por tanto, no pueden ser objeto de una regulación análoga unitaria.

B.1.3. Reflexiones sobre la exclusión

Afirmada la exclusión del alto directivo de la negociación colectiva con los demás trabajadores, se deben tener en cuenta las consideraciones siguientes.

En primer lugar, la exclusión deriva de la propia especialidad de la relación, no de que el convenio colectivo la establezca. Aun cuando numerosos contengan, con fórmulas varias, una cláusula expresa de exclusión del alto directivo (75) de su ámbito subjetivo, la misma no tiene ningún

valor constitutivo. Es innecesaria.

En segundo lugar, además de ser innecesaria, puede "lesionar gravemente el interés de tercero" , conforme a lo dispuesto en el artículo 90.5 del Estatuto de los Trabajadores, si se excluyen, bajo la apariencia de legalidad, a sujetos a los que no cabe atribuir la cualidad de alto directivo, conforme a la definición legal del artículo 1º R.D.1382/1985. No referimos, en concreto, a los trabajadores directivos "no altos" o directivos de régimen común (76).

En tercer lugar, excluido el alto directivo de la unidad de contratación del convenio colectivo estatutario negociado para el conjunto de trabajadores, lo está -mientras mantenga su situación- del conjunto de disposiciones del convenio que forman su contenido normativo (77), es decir, de aquellas cláusulas que, en su totalidad, adquieren el valor de norma jurídica (derecho objetivo imperativo para la autonomía de las partes, cuya relación laboral está dentro del ámbito de aplicación del convenio). La exclusión es, por tanto, total.

Admitida la existencia de una causa razonable y objetiva de diferenciación entre trabajadores ordinarios y altos directivos a efectos de determinación de la unidad apropiada de contratación (por lo que, dicho sea de paso, la exclusión del alto directivo no puede ser tachada de discriminatoria),

se ha de afirmar, también, la unidad del contenido normativo del convenio; sin embargo, doctrina y jurisprudencia han diferenciado dentro de ese contenido a efectos de su posible aplicación a estos sujetos.

El problema se ha planteado en concreto respecto de la denominada "relación colectiva de seguridad social" (78), vinculando la inclusión (o exclusión) de los altos directivos de la contratación colectiva a su tratamiento legal por las normas de seguridad social y de trabajo propiamente dichas. Según este razonamiento, al estar incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social (artículo 61.2º.a de la Ley General de la Seguridad Social), se han de aplicar al alto directivo los convenios colectivos "respecto de aquellos efectos jurídicos convencionales relativos a la seguridad social" (79). Por eso, y derivado de ese razonamiento, la cuestión hoy es, si incluidos los altos directivos en la relación jurídica de trabajo propiamente dicha, se les han de aplicar también las cláusulas "propiamente laborales" del convenio, aun cuando, como hemos afirmado, existan razones objetivas para que las mismas no se apliquen; y, derivado de su calificación de relación especial laboral, si sólo se han de aplicar aquellas cláusulas del convenio que mejorasen los standards mínimos legales aplicables al alto directivo.

Pero es que, a nuestro juicio, una cosa es que

las normas laborales propiamente dichas incluyan en su ámbito subjetivo al alto directivo (se califique su relación como laboral), y otra que se apliquen las disposiciones (más favorables respecto de esos mínimos legales) de un convenio colectivo estatutario para el conjunto de trabajadores, entre los que no cabe incluir al alto directivo.

Resulta, pues, cuando menos paradójico que, excluido el alto directivo de la unidad de contratación, se entiendan aplicables este tipo de cláusulas del convenio colectivo, "aunque en tal caso (se afirme) tampoco están realmente en la unidad de contratación, tratándose más bien de que esta es excepcionalmente desbordada por el ámbito del convenio respecto de tales pactos" (80).

Pero, y ésta puede entenderse como cuarta consideración, la exclusión no significa que el convenio colectivo no pueda establecer cláusulas que de forma indirecta afecten al alto directivo. Nos estamos refiriendo en concreto al supuesto de la promoción interna del artículo 9º R.D.1382/1985, es decir, la conversión de trabajador ordinario (directivo o no), incluido en el ámbito de aplicación del convenio, en alto directivo, y algunos de los posibles efectos de la misma a los que no da solución dicho precepto reglamentario, por ejemplo, los relativos al cómputo de la antigüedad, reserva de puesto de trabajo, mantenimiento de las condiciones salariales -

incluidos los posibles incrementos- (81) y al ius variandi del empresario, es decir los casos de realización temporal (a similitud de lo previsto en el artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores) por el trabajador ordinario de funciones de alta dirección (82).

Pero téngase en cuenta que estas cláusulas no se aplican al alto directivo en sí, sino al trabajador ordinario cuando éste cesa en su situación (más o menos permanente) de alta dirección.

Una reflexión última sobre la exclusión puede hacerse desde el significado de la relación autonomía colectiva-autonomía privada individual.

En este sentido hay que afirmar que el convenio colectivo (en su totalidad) para el ámbito territorial y funcional específico al que pertenezca el alto directivo no es derecho objetivo imperativo para la autonomía individual en la relación de aquél (así, por ejemplo, no existirá una vinculación a los topes de incremento salarial previstos en dichos convenios y a las reglas sobre absorción y compensación de salarios); el convenio colectivo (en la modalidad o tipo a que nos estamos refiriendo) no aparece, pues, como límite a la voluntad de las partes en los términos del artículo 3º.1.c) del Estatuto de los Trabajadores (o, utilizando la expresión del artículo 3º.1 R.D.1382/1985, el convenio colectivo no es una de "las demás (normas)

que sean de aplicación" a la relación laboral del personal de alta dirección).

Ahora bien, aun cuando se admita la eficacia de la autonomía privada frente al convenio colectivo, debemos preguntarnos si esa eficacia tiene valor absoluto; es decir, si es posible que las partes, en el ejercicio de su autonomía individual, acuerden la aplicación (total o parcial) al alto directivo del convenio colectivo, del que está excluido. Teniendo en cuenta que el ámbito de aplicación de un convenio colectivo es indisponible por contrato individual (83), habría de entenderse nula toda cláusula de un contrato de alto directivo que le incluyese en el ámbito personal de un convenio colectivo negociado para una unidad de contratación a la que aquél no pertenece.

Otra cosa es que, o bien se produjese un acto de adhesión (total o parcial) colectivo por sindicatos de altos directivos que, aun carentes de legitimación negocial según el Estatuto de los Trabajadores, como a continuación veremos, decidan adherirse a un convenio colectivo estatutario negociado para el conjunto de trabajadores ordinarios de un determinado ámbito funcional y territorial; se trataría, pues, de una adhesión extraestatutaria y, como tal, de eficacia personal limitada a los afiliados y asociados a los sindicatos y asociaciones empresariales negociadoras de ese posible acuerdo de adhesión (84). O bien (segunda posibilidad) que alto directivo, excluido -

expresamente o no - del ámbito de aplicación de un convenio, solicite individualmente su inclusión cuando en el convenio colectivo así se haya previsto (85); no se trata en este supuesto de una ampliación arbitraria del ámbito de aplicación del convenio - acordada por sujetos que, si bien están legitimados para negociar estatutariamente, no representan a los altos directivos-, sino de la posibilidad de ampliación (admitida por las partes contratantes, representantes de los trabajadores y empresario/o sus representantes), siempre que lo solicite expresamente el alto directivo.

Respecto a la eficacia preceptiva de la autonomía privada en la relación "laboral" especial del alto directivo, puede plantearse otro problema; a saber: excluido del ámbito de aplicación de un convenio colectivo negociado para el conjunto de trabajadores "ordinarios", cuál ha de ser el valor o eficacia ha de otorgarse a las remisiones contractuales posibles a cláusulas del convenio colectivo; o, expresado de otra forma, qué valor tiene la incorporación al contrato de alto directivo de derechos y obligaciones de las partes nacidos del convenio colectivo. Este supuesto es incluible en el ya estudiado de remisiones contractuales a normas laborales no remitidas, a su vez, por el R.D.1382/1985 (86); traspasado el razonamiento ya expuesto: las normas contenidas en este tipo de

convenio colectivo no son unas (de las demás) que sean de aplicación a la relación laboral del personal de alta dirección (artículo 3º.1 R.D.1382/1985), pero nada impide (artículo 1255 del Código Civil) que se apliquen al alto directivo por acuerdo entre las partes (el contrato no sería nulo), siempre que la norma remitida tenga carácter de norma privada y dispositiva. Es decir, las cláusulas contractuales de remisión al convenio colectivo son válidas, siempre que tal incorporación no viole normas legales de derecho necesario aplicables al alto directivo.

Así, como ejemplo, cabe establecer diferencias en materia de seguridad social: el contrato de alto directivo sería nulo si se remite a la norma del convenio colectivo que establece edad de jubilación forzosa; la remisión en este supuesto sería ineficaz porque no hay, que olvidarlo, esa remisión tendría mero carácter contractual y en el ordenamiento jurídico español no existe jubilación forzosa pactada en el contrato individual. Pero no sería nula la remisión contractual a las normas del convenio sobre mejoras voluntarias de seguridad social; esta norma remitida tendría el carácter de norma privada y dispositiva para las partes en esta relación jurídica (87).

B.2.Exclusión de la negociación colectiva estatutaria exclusiva para el alto directivo.

Aun reconociendo las especialidades de la relación laboral de alto directivo, hay que tener en cuenta que el legislador ha optado conscientemente por incluirle en el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo (pudo modificar el artículo 2º.1 del Estatuto de los Trabajadores y no lo hizo) y ello implica, como ya hemos manifestado, no sólo aplicar a su relación individual unas normas mínimas laborales (único objetivo o finalidad del R.D.1382/1985), sino también reconocerle unos derechos y unas garantías como tal trabajador, si contemplada ahora su situación desde su contraposición, no con el resto de trabajadores "ordinarios", sino con el empresario y, en consecuencia, optar por una solución diferente sustancialmente a la expuesta más arriba.

En efecto, a nuestro juicio y desde una perspectiva estrictamente jurídica, si bien la relación individual entre el alto directivo y el empresario está basada en la mutua confianza y, en consecuencia, puede entenderse que aquel es el colaborador o cooperador inmediato y directo de éste (88), no excluye, sin embargo, que los altos directivos, en cuanto trabajadores, puedan tener unos intereses colectivos propios contrapuestos a los del empresario y sus organizaciones; lo contrario nos llevaría a admitir que el alto directivo puede ser

privado de aquellos derechos constitucionales reconocidos al trabajador (jurídicamente imposible) o, lo que tal vez sea hoy realmente cuestionable, que se debió modificar el artículo 2º del Estatuto de los Trabajadores y excluir, por tanto, de la legislación laboral a quien no aparece claramente como trabajador. Ahora bien, si el legislador no optó en su momento por esta solución, es consecuencia obligada que haya de arbitrar las fórmulas para la satisfacción y defensa de su interés colectivo profesional. Y es aquí donde la jurisprudencia deja entrever la posición ambigua del alto directivo ("trabajador" más próximo al propio empresario que al resto de trabajadores por cuenta ajena) e introduce un elemento distorsionante en su razonamiento para salvar la legalidad del artículo 16 R.D.1382/1985; en efecto, el Tribunal Supremo (89) rechaza que el alto directivo o el conjunto de altos directivos tengan "unos intereses económicos y sociales contrapuestos a los del empresario", puesto que su relación "laboral" se basa en la mutua confianza. Sobre esta base es fácil para el Tribunal, no sólo establecer las especialidades en el ejercicio de los derechos constitucionales reconocidos al trabajador, sino, lo que es más importante, negar tales derechos al alto directivo, utilizando para ello un argumento, a nuestro juicio, erróneo.

En efecto, el Tribunal Supremo enlaza el derecho a la representación unitaria con el derecho

fundamental constitucional de libertad sindical (90); con este principio y entendiendo que los sindicatos "participan a tal efecto (al efecto de "sus fines", conforme al artículo 7º de la Constitución) en la empresa mediante los órganos de representación que regulan los artículos 62 y ss del Estatuto de los Trabajadores, admite que aquellos trabajadores ligados a la empresa por una relación laboral de naturaleza tan especial "estén privados de la independencia necesaria para una defensa eficaz de los fines sindicales" y que se establezca para los mismos "otras formas distintas de representación"

B.2.1.Alcance de la representación sindical para el alto directivo

Hemos afirmado que el razonamiento del Tribunal Supremo es impreciso; lo que permite valorarlo críticamente.

En efecto, es posible exponer determinadas consideraciones críticas sobre esta jurisprudencia, de las que surge una argumentación sustancialmente diferente a la utilizada por el Tribunal Supremo.

En primer lugar, puede admitirse, efectivamente, y por ello se puede salvar la constitucionalidad del artículo 16 R.D.1382/1985, que el alto directivo tiene derecho a otras formas de representación co-

lectiva laboral, distintas a la unitaria.

Ahora bien, respecto a esas otras formas de representación y puesto que la Constitución no establece exclusiones del ámbito subjetivo de la libertad sindical respecto a los trabajadores por cuenta ajena, el alto directivo (a quien se reconoce la calidad de tal) tiene derecho a constituir y a afiliarse (y no afiliarse) a sindicatos de su elección (artículo 28.1 Constitución y artículo 2º.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical) para la defensa de su interés colectivo profesional.

Pero, el reconocimiento de este derecho constitucional (91) no implica que no deban admitirse, a su vez, especialidades en el ejercicio del mismo; en este sentido, hay que partir de una doble observación: por un lado, aceptada la existencia de intereses colectivos no identificables entre los altos directivos y el resto de trabajadores, se ha de admitir también, a nuestro juicio, que los estatutos (artículo 4º.2.d) Ley Orgánica de Libertad Sindical) de los sindicatos de industria o de "clase" puedan contener cláusulas de exclusión directa o indirecta de los altos directivos; o expresado de otra forma, el alto directivo sea "no afiliable" (92), puesto que existe una causa objetiva y razonable para negarle dicha condición . En este mismo sentido, creemos que tendría también una justificación razonable la exclusión del derecho

de afiliación a aquellos sindicatos de oficio que representan los intereses de los grupos profesionales más cercanos a los altos directivo (directivos medios, cuadros...); en este supuesto, más que por la inexistencia de intereses unificables (puesto que se trata de intereses cercanos) porque el legislador indirectamente obliga a ello. En efecto, teniendo en cuenta que la representatividad del sindicato no se mide por el número de afiliados, sino por la audiencia electoral, en materia de negociación colectiva, como veremos, la posición de un sindicato de directivos o cuadros medios (al que pueda afiliarse un alto directivo) es diferente según sea:

.negoc.colectiva estatutaria-en la que no juega la afiliación, sino la audiencia electoral para medir la legitimación del mismo; por tanto, no representaría al alto directivo

.negoc.colectiva extraestatutaria-en la que juega la afiliación y, en consecuencia, sí podría representar al alto directivo.

Por otro lado y trasladado el razonamiento expuesto anteriormente a la situación inversa, los sindicatos específicos de altos directivos, que puedan constituirse al amparo del artículo 28 Constitución y de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, podrán excluir del derecho de afiliación a aquellos trabajadores cuyos intereses no presenten un suficiente grado de homogeneidad con los de los altos directivos (93).

En tercer lugar, derivado del pluralismo sindical que reconoce la Constitución, estos sindicatos tendrán derecho a la actividad sindical en la empresa o fuera de ella (artículo 2º.2 Ley Orgánica de Libertad Sindical); específicamente, admitida la interrelación de los artículos 7º, 28.1 y 37.1 Constitución, esas organizaciones sindicales a las que el alto directivo este afiliado [normalmente, sindicatos específicos o, al menos, sindicatos de directivos en sentido amplio tienen derecho a la negociación colectiva, "núcleo mínimo e indisponible" (94) de su libertad sindical.

De ahí que, incluido el alto directivo en el término "trabajador" de que habla el artículo 37.1 Constitución y excluido de los órganos de representación unitaria, la "indefinición" (95) de dicho precepto constitucional respecto a los que sean representantes de dichos trabajadores ha de interpretarse, no sólo en el sentido de rechazo del monopolio de uno de los órganos de representación colectiva (unitaria y sindical) en materia de negociación colectiva (96), sino también, y por lo que respecta a la sindical, de un tipo específico de sindicato.

B.2.2.Hipótesis de negociación colectiva
estatutaria.Efectos

Reconocido, pues, el derecho a la negociación colectiva a los representantes sindicales de los altos directivos, a sus organizaciones sindicales específicas, y admitida la exclusión de estos de la unidad de contratación de un convenio colectivo negociado para el conjunto de trabajadores "ordinarios", la única hipótesis posible de negociación estatutaria es aceptar como unidad de contratación legal el conjunto de altos directivos (tanto a nivel de empresa como supraempresarial); es decir, el denominado convenio colectivo de franja, negociado para todos (y sólo para ellos) los altos directivos. Tipo de convenio que, si bien ha sido rechazado (97) o admitido con matices (98) cuando la franja está formada por un subgrupo de trabajadores "ordinarios" que pueden participar como electores y elegibles en los órganos de representación unitaria, en el supuesto del alto directivo es la única posibilidad para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva, que la Constitución no les niega.

Pero es aquí donde la exclusión del artículo 16 R.D.1382/1985 trasciende al derecho de la negociación colectiva, restringiendo ésta para el alto directivo, en el sentido de impedir que las representaciones

sindicales específicas a las que pueda estar afiliado alcancen la legitimación negocial exigida por el Título III del Estatuto de los Trabajadores para que el convenio colectivo tenga el carácter de estatutario; en efecto: a nivel empresarial, aun cuando el problema real sea la propia constitución de la sección sindical correspondiente derivada del ámbito subjetivo tan restrictivo que el R.D.1382/1985 propone, en un plano teórico, supuesta esa constitución, el sindicato de altos directivos no lograría implantación en el comité de empresa (en virtud de la exclusión del artículo 16 del reglamento citado), requisito exigido por el Estatuto de los Trabajadores (artículo 87.1) en relación con la Ley Orgánica de Libertad Sindical (Artículo 8º.2.b) para reconocer legitimación a la sección sindical que quiera negociar un convenio colectivo de eficacia normativa y personal general para los altos directivos incluidos en la franja. Además, teniendo en cuenta que la única posibilidad real de negociación estatutaria para el alto directivo sería a nivel supraempresarial, en este supuesto tampoco el sindicato de altos directivos que pretendiese la negociación de un convenio colectivo de franja para el conjunto de altos directivos de un sector profesional específico lograría la legitimación requerida por el Estatuto de los Trabajadores (artículo 87.2 y 4); no sería nunca un sindicato más representativo o simplemente representativo (artículos 6º y 7º de la

Ley Orgánica de Libertad Sindical)), puesto que falla en este supuesto el criterio para medir su representatividad (audiencia electoral).

La exclusión de las organizaciones sindicales representativas de los intereses de los altos directivos del derecho a la negociación colectiva estatutaria obliga a plantear ahora el problema, no ya de la legalidad o ilegalidad del artículo 16 R.D.1382/1985 cuanto excluye al alto directivo del derecho a participar como elector y elegible en los órganos de representación unitaria (tema tratado y resuelto de forma positiva en páginas anteriores), sino de la posible inconstitucionalidad del mismo en cuanto, indirectamente, limita el ejercicio del derecho, reconocido a todo sindicato legalmente constituido (artículos 2º.2.d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y 69.2 del Estatuto de los Trabajadores), a "presentar candidaturas para elección de Comités de Empresa y Delegados de Personal" y, en consecuencia, impide a los sindicatos específicos de altos directivos acceder al criterio de la audiencia electoral, conforme al que se mide la legitimación legal negocial de las representaciones sindicales.

La cuestión puede proponerse del modo siguiente: si a un sindicato se limita ese derecho (efecto del artículo 16 R.D.1382/1985) ¿se está lesionando su derecho de libertad sindical en su vertiente

colectiva y, en consecuencia, ese precepto reglamentario es inconstitucional?.

Para dar respuesta a esta cuestión, hay que tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional; según éste ha afirmado constantemente (99), el sistema español de representación colectiva de los trabajadores parte de la separación entre el derecho legal a la representación unitaria y el derecho constitucional de libertad sindical, aun cuando exista entre ellos una conexión evidente puesto que el nivel de representatividad sindical se mide conforme al criterio de la audiencia en las elecciones a órganos unitarios. De ahí que pueda ser violación del derecho de libertad sindical entorpecer la presencia de los sindicatos en esas elecciones, derecho éste que, aun atribuido por norma infraconstitucional, se integra en el contenido del derecho de libertad sindical (100).

Sobre esta doctrina del Tribunal Constitucional, aplicable pues al supuesto concreto que estamos tratando, hay que afirmar, a nuestro juicio, que una limitación u obstaculización del derecho a presentar candidaturas no violaría en artículo 28.1 Constitución y ello porque, por más que se vincule con el derecho a la negociación colectiva estatutaria, lo cierto es que el mismo nada tiene que ver con el núcleo mínimo e indisponible que, según el propio Tribunal Constitucional, forma parte de ese derecho de libertad sindical: el derecho a la

negociación colectiva a que se refiere ese contenido mínimo ha de entenderse en los propios términos constitucionales (ex artículo 37.1 Constitución) y, en consecuencia y en lo que afecta a los sujetos constitucionalmente capacitados para dicha negociación, ese precepto no exige ningún requisito adicional o plus sobre esa representación; plus que exige la ley ordinaria para que el convenio colectivo negociado sea estatutario. Por eso, en todo caso, podría hablarse de una presunta ilegalidad del artículo 16 R.D.1382/1985; ilegalidad que, como ya hemos advertido, no ha de apreciarse en cuanto la pretendida "obstaculización" de esa facultad legal del presentación de candidaturas está plenamente justificada.

Y aun cuando se admita la doctrina del Tribunal Constitucional, no hay que olvidar, sin embargo, que el mismo ha advertido que no toda obstaculización de ese derecho violaría sin más el derecho de libertad sindical; sólo la obstaculización arbitraria o irrazonable (101). Admitida la razonabilidad de la exclusión prevista en el artículo 16 R.D.1382/1985, ha de admitirse también que el sindicato de altos directivos tenga limitado el derecho, reconocido legalmente, a presentar candidaturas, en virtud de los intereses que dicho sindicato representa; existe, pues, una causa razonable para la limitación en función del interés protegido. Y ello aun cuando tal exclusión signifique que el acceso al criterio de la

audiencia electoral le esté vedado y, con él, la posibilidad de acceder a la negociación colectiva estatutaria.

Esta solución legal coloca a los sindicatos que tengan afiliados a altos directivos, en una posición singularísima. En efecto, en cuanto representan intereses de trabajadores ordinarios o de régimen común, pueden ejercer su derecho a presentar candidaturas a las elecciones de órganos unitarios; pero de ellas no podrán formar parte (ni son electores ni elegibles) los trabajadores de alta dirección que puedan estar afiliados a dichos sindicatos; de ahí que, en materia de negociación colectiva, su situación podrá ser la siguiente: pueden negociar estatutariamente si obtienen la legitimación necesaria en los convenios que afecten a la totalidad o a parte de los trabajadores de la empresa, de los que hay que excluir a los altos directivos. Es decir, ni siquiera pueden pretender la negociación de un convenio colectivo de franja cuyo ámbito de aplicación elegido sea el conjunto de directivos de la empresa, si en el mismo se quiere incluir a los altos directivos junto a los directivos no altos o de régimen común. El convenio colectivo conculcaría la legalidad. Y pueden negociar un convenio colectivo extratutario en representación de los trabajadores altos directivos afiliados al mismo.

Por último, aun sin pretender agotar los problemas y soluciones posibles que pueden derivarse de la exclusión prevista por el artículo 16 R.D.1382/1985, y vinculado a las competencias que la Ley Orgánica de Libertad Sindical atribuye a los denominados sindicatos más representativos, quid si un sindicato más representativo a nivel estatal pretendiese la negociación de un convenio colectivo cuyo ámbito de aplicación se limitase a los altos directivos de un ámbito funcional y territorial específico.

A nuestro juicio, según hemos expuesto ya, aun cuando los sindicatos más representativos ostenten representación institucional de todos los trabajadores, aquélla no comprende la de "trabajadores" que no pueden participar en las elecciones a órganos unitarios, que es sde donde deriva la audiencia electoral (no se trata en este caso de trabajador que tiene el derecho de sufragio y no lo ejercita, sino de trabajador que no tiene reconocido ese derecho); por tanto, no pueden imponer por los sindicatos más representativos la negociación de un convenio colectivo cuyo ámbito de aplicación sea exclusivamente la franja de altos directivos.

Otra cosa es que esa franja invista a tales organizaciones sindicales de una representación voluntaria; supuesto improbable, pero admisible. Pero en este caso ya no estaríamos ante un convenio

colectivo estatutario (basado en la representación institucional), sino ante un convenio colectivo extraestatutario con los efectos que a continuación veremos.

C.NEGOCIACION COLECTIVA EXTRAESTATUTARIA.

EFFECTOS.

Excluido el alto directivo de la negociación colectiva estatutaria en las dos modalidades estudiadas, se ha de responder ahora a las cuestiones siguientes, derivadas de dicha exclusión: en primer lugar, determinar qué valor tiene el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva para el personal de alta dirección; en segundo lugar, qué valor, desde el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, hay que otorgar a los convenios colectivos pactados por las organizaciones sindicales específicas de altos directivos, que no cumplen los requisitos de legitimación que el Estatuto de los Trabajadores establece.

Para responder a estos interrogantes hay que partir de una afirmación previa: o se reconoce que el desarrollo legal del derecho constitucional de negociación colectiva no agota la garantía constitucional del artículo 37.1 Constitución (102), lo que, desde nuestro estudio, significa que el alto

directivo tiene reconocido ese derecho laboral y, en consecuencia, se salvaría así la inconstitucionalidad posible del artículo 16 R.D.1382/1985; o, por el contrario, se afirma que dicho precepto constitucional tiene su único desarrollo en el Estatuto de los Trabajadores (103) y, en consecuencia, el personal de alta dirección (sus organizaciones sindicales específicas) no pueden ejercer su derecho a la negociación colectiva -artículo 2º.2 del Estatuto de los Trabajadores), en cuanto, se afirmaría, ese precepto reglamentario imposibilita el acceso de las organizaciones sindicales de altos directivos a la negociación colectiva estatutaria.

A nuestro juicio, dos razones avalan el reconocimiento jurídico de los denominados pactos o convenios extraestatutarios; una, general, la conexión íntima entre los artículos 7º, 28.1 y 37.1 de la Constitución; otra, circunscrita a nuestro tema, cual es la especialidad (que no exclusión) admitida en el ejercicio del derecho de negociación colectiva para el personal de alta dirección. El estudio precedente sobre la materia obliga a concluir ahora que el desarrollo legal de ese derecho no agota la garantía constitucional: ésta es la única posibilidad de las organizaciones sindicales de altos directivos (que no pueden alcanzar la legitimación exigida por el Estatuto de los Trabajadores) para hacer efectivo su derecho a la negociación colectiva, como núcleo mí-

nimo e indisponible del derecho a la libertad sindical (que las normas internas e internacionales no les niegan); por eso, si bien el legislador ordinario ha optado por un modelo de negociación colectiva y unos efectos del convenio colectivo (vedados, pues, a los trabajadores "especiales" de alta dirección), existe constitucionalmente otro modelo de negociación colectiva, al que pueden acceder los altos directivos, al que, al estar al margen del Estatuto de los Trabajadores, habrá que atribuir unos efectos diferentes.

No es necesario, pues, plantear la inconstitucionalidad del Estatuto de los Trabajadores o, al caso, la revisión de su normativa para flexibilizar algunos aspectos de la misma (104) porque, en esta materia específica, el problema no es la dificultad de algunos sindicatos para alcanzar el 10% de representación, sino que unos sindicatos concretos (los específicos de altos directivos) no van a alcanzar porcentaje mínimo alguno; en definitiva, defendida la especialidad de esta relación laboral en esta materia, es decir, admitida la exclusión prevista en el artículo 16 R.D.1382/1985, no sería coherente plantear ahora la inconstitucionalidad del criterio legal de medición de la representatividad. Ni siquiera, a nuestro juicio, hay que partir de la afirmación rotunda que el convenio colectivo de eficacia personal limitada es el convenio tipo de un régimen sindical de libertad (

105).

Por tanto, las organizaciones sindicales de altos directivo podrán negociar convenios colectivos extraestatutarios a los que hay que atribuir efectos diferentes a los negociados conforme al Estatuto de los Trabajadores. Por un lado -en ello existe coincidencia doctrinal-, la eficacia personal de tal convenio estará limitada a los altos directivos afiliados a las organizaciones sindicales que los negocien o que hayan otorgado su representación, si negocian el convenio no las organizaciones sindicales específicas de altos directivos, sino los sindicatos más representativos.

Pero, y este es el problema fundamental desde la perspectiva de las fuentes de la relación del alto directivo, hay que plantearse qué eficacia jurídica cabe otorgar al convenio colectivo extraestatutario negociado por las organizaciones sindicales de altos directivos; si es norma o es contrato. La cuestión es importante porque, excluidos de la negociación colectiva estatutaria (tanto del convenio negociado para el conjunto de trabajadores "ordinarios", como del convenio exclusivo para los altos directivos), el convenio colectivo extraestatutario negociado para ellos puede tener una doble significación desde la teoría de las fuentes.

O bien se atribuye al mismo la eficacia jurídica del convenio estatutario, es decir, naturaleza

normativa y, por tanto, es Derecho objetivo imperativo para la autonomía privada en la regulación de la relación jurídica del alto directivo; vinculación, pues, con el artículo 3º.1.b) del Estatuto de los Trabajadores y artículo 3º.1 del R.D.1382/1985: el convenio sería una (de las demás) normas de aplicación a esa relación jurídica, a las que este precepto reglamentario se refiere genéricamente. No sería necesario, pues, que el contrato de alto directivo, conforme al artículo 3º.2 R.D.1382/1985, remitiese expresamente al convenio colectivo extraestatutario para que el mismo se aplicase preferentemente al contrato individual del alto directivo (salvo que este estableciese condiciones más beneficiosas respecto de aquel), incluido en el ámbito de aplicación de dicho convenio; ámbito de aplicación, pues, indisponible por la voluntad de las partes.

O se otorga al mismo mero valor contractual, es decir, de fuente de la relación jurídica, siempre que las condiciones convenidas se incorporen expresa o tácitamente al contrato individual, como condiciones más beneficiosas; el convenio colectivo extraestatutario adquiere, pues, virtualidad a través del contrato, conforme al artículo 3º.1.c) Estatuto de los Trabajadores. Por tanto la "voluntad de las partes" a que se refiere el artículo 3º.1 R.D.1382/1985 como fuente de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del

personal de alta dirección, habría de interpretarse extensivamente, entendiendo que dicha expresión se refiere a la voluntad individual y/o colectiva de las partes. A este supuesto no sería de aplicación, pues, el artículo 3º.2 R.D.1382/1985; en efecto, por un lado, el objeto de las remisiones específicas del contrato que el precepto contempla son "normas" (valor que no tendría, según esta posición, el convenio extraestatutario) y, por otro, dichas remisiones tienen fuertes limitaciones, según ya hemos estudiado, frente al valor absoluto de la remisión contractual a ese tipo de convenio salvo, claro está, las limitaciones propias derivadas del ámbito de aplicación del mismo.

Y es precisamente respecto a la naturaleza o eficacia jurídica (norma o contrato) del convenio colectivo extraestatutario, donde la doctrina, que admite su existencia, no coincide; diferente posición que depende de la interpretación previa que se sostiene acerca de la expresión "fuerza vinculante de los convenios" del artículo 37.1 Constitución (106).

La eficacia normativa del convenio colectivo no puede vincularse directamente con la doble garantía constitucional del artículo 37.1 Constitución: no se desprende del "derecho a la negociación colectiva" ni de la "fuerza vinculante del convenio". Por un lado, el precepto constitucional se limita a reconocer la autonomía colectiva de los grupos sociales como un

derecho de titularidad colectiva frente a las posibles ingerencias del poder estatal; por otro lado, la fuerza vinculante del convenio colectivo ha de entenderse como consagración constitucional de un deber de paz relativo. Esa eficacia normativa, al igual que la eficacia personal "erga omnes" ha de entenderse como un "plus" otorgado por el Estatuto de los Trabajadores ("la ley" a que se refiere aquel precepto), que ha optado por un sistema determinado de negociación colectiva; en concreto, aquel por el que se otorga al resultado de la misma, es decir, al convenio colectivo, una doble eficacia.

Desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, efectos normativos (artículo 3º.1.b) del Estatuto de los Trabajadores); desde la eficacia personal, valor "erga omnes" o eficacia personal general (artículo 82.3 Estatuto de los Trabajadores); para ello el Título III del Estatuto de los Trabajadores establece determinados requisitos en cuanto a legitimación de las partes negociadoras, proceso de elaboración..., necesarios para que el convenio colectivo tenga esa eficacia doble.

Ahora bien, aun cuando sea posible mantener esa diferencia doble entre convenio colectivo estatutario y convenio colectivo extraestatutario y otorgar a este último sólo eficacia contractual, hay que tener en cuenta que, si bien el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente acerca de la natura-

leza jurídica del convenio extraestatutario (107), podría entenderse que el legislador ordinario sí lo ha hecho; nos referimos en concreto a la Ley de Procedimiento Laboral, cuyo artículo 150.1 señala que el conflicto colectivo jurídico o de aplicación es el que versa sobre "la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, y decisión o práctica de empresa". Podría entenderse que con ello se está otorgando al convenio de eficacia limitada efectos normativos puesto que el conflicto jurídico colectivo sólo puede versar sobre aplicación e interpretación de normas de contenido laboral.

Pero también puede entenderse que la finalidad de dicho precepto legal no es otra que admitir la impugnación del convenio colectivo extraestatutario en cuanto el mismo afecta a "intereses generales de un grupo genérico de trabajadores" (en nuestro caso, los intereses, regulador en el convenio colectivo, de un colectivo de altos directivos afiliados a las organizaciones sindicales pactantes). Esta conclusión podría estar avalada por los siguientes datos:

1.el precepto menciona también, con objeto del conflicto, la "práctica" de empresa; expresión que parece referirse a los denominados usos de empresa. El valor de estas de fuente del derecho del trabajo (norma consuetudinaria) es, cuando menos, dudosa (108)

2.menciona la "decisión" de empresa

3.no se admite otra vía de impugnación abierta a la norma convenida colectivamente: impugnación por la autoridad laboral a través del proceso de oficio.

Y tampoco ha de olvidarse que la jurisprudencia ha venido interpretando constantemente que el convenio extraestatutario tiene mero valor contractual (109), por lo que, en definitiva, habrá de estarse a la interpretación futura de ese precepto legal.

NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO

(1)-**SEMPERE NAVARRO, A.V.:** "Sobre el concepto del Derecho del Trabajo"; R.E.D.T.; nº26, 1986; pág.189

(2)-**SEMPERE NAVARRO, A.V.:** op.ult.cit., pág.194

(3)-En el mismo sentido, utilizando la primera expresión, **MONTOYA MELGAR, A.:** Derecho del Trabajo; 12ª edic; Edit.Tecnos, Madrid, 1991, pág.484; utilizando la segunda, **FERNANDEZ LOPEZ, MªF. y RODRIGUEZ-PIÑERO. M.:** "La relación laboral especial del personal de alta dirección y el R.D. 1382/1985 (I)"; R.L., nº 5, 1988, pág.23

(4)-Así, en la doctrina civilista, **DE CASTRO, F.:** El negocio jurídico; Inst. Nac.de Estudios JUrídicos; Madrid, 1971, pág.13; **DIEZ-PICAZO, L.:** "La autonomía privada y el derecho necesario en la L.A.U.", A.D.C., Tomo IX, Volumen IV, 1956; pág.1153; **CANO TELLO, C.A.:** "El Derecho Civil, cauce y límite de la autonomía privada", R.C.D.I., nº.533, 1979, pág.788-789; en la doctrina italiana, **GALGANO, F.:** Trattato di Diritto Civile e Commerciale; Vol.III, Tomo 1º, Milano, 1988, pág.43 y ss

En la doctrina laboralista, **ALONSO GARCIA, M.:** La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo; Edit.Bosch, Barcelona, 1958, pág.31, 36 y 120; **ALONSO OLEA, M.:** La aplicación del Derecho del Trabajo; Serv.Public. del Mº de Trabajo; Madrid, 1970, pág.18.

(5)-**FERRI, L.:** La autonomía privada; traducc. y notas de Derecho español, SANCHO MENDIZABAL, L.; Edit. Edersa; Madrid, 1968, pág.42

(6)-**ALONSO OLEA, M.:** "Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación", en Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación en el Estatuto de los Trabajadores; IES, Madrid, 1981; pág. 5

(7)-En terminología de **MONTOYA MELGAR, A.:** Derecho del Trabajo, cit., pág.260

(8)-**DE CASTRO, F.:** Derecho civil en España; reed., Tomo I, Madrid, 1984, págs.420 y 427.

Vid., también, **DIEZ-PICAZO, L.:** "Los principios generales del derecho en el pensamiento de F.de Castro", A.D.C., nº2, 1983, págs.1264 y ss.; **DIEZ-PICAZO, L. y GULLON:** Sistema de Derecho Civil, Volumen I, edit.Tecnos, Madrid, 1989, pág.167; **GONZALEZ PEREZ, J:** "Los principios generales del Derecho en la Constitución", en La Constitución española y las fuentes del Derecho, Tomo II, Madrid, 1979, pág.1164 y ss; **ARCE Y FLOREZ-VALDES, J:** Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional, Edit.Civitas, Madrid, 1990, pág.56

(9)-**ARCE Y FLOREZ-VALDES, J.:** op. ult. cit., pág.57
Sobre el valor de los principios generales del derecho como fuente subsidiaria de la ley y de la costumbre, vid., **GARCIA VALDECASAS, G.:** "Los principios generales del Derecho en el nuevo título preliminar del Código civil", A.D.C., nº2, 1975, pág.332 y ss

(10)-En este sentido, **DIEZ-PICAZO, L:** "La autonomía privada...", cit., pág.1155

(11)-**ARCE Y FLOREZ-VALDES, J.:** op. ult. cit., pág.65

(12)-**DIEZ-PICAZO, L.:** "La autonomía privada...", cit., pág.1151; en el mismo sentido, **ALONSO GARCIA, M.:** La autonomía de la voluntad..., cit., pág.19-20

(13)-**BAYON CHACON, G.:** La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo (limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español); Edit. Tecnos, Madrid, 1955, pag.33 y ss; **ALONSO GARCIA, M.:** La autonomía de la voluntad..., cit., pág.78 y ss

(14)-Así, **ALONSO GARCIA, M.:** op. ult. cit., pág.96; **SEMPERE NAVARRO, A.V.:** "Sobre el concepto...", cit., pág.193-194; **ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M^ªE:** Derecho del Trabajo, cit., 12ª edic., Madrid, 1991 pág.42, con remisión a K.LARENZ

(15)-**ALONSO GARCIA, M.:** La autonomía de la voluntad..., cit., pág.37

(16)-Por tanto, la autonomía individual y la autonomía de los grupos sociales no tienen la misma naturaleza; no es una distinción meramente cuantitativa, como ocurría en el régimen anterior; cfr.**ALONSO GARCIA, M.:** La autonomía de la voluntad..., cit., pág.21.

Por el contrario, se trata de una diferencia cualitativa porque, mientras la autonomía individual sólo puede entenderse como fuente de la relación laboral, la autonomía colectiva es hoy fuente del Derecho del Trabajo

(17)-**MONTOYA MELGAR, A.:** Derecho del Trabajo..., cit., pág.261

(18)-**ALONSO OLEA, M.:** "Las fuentes de la relación...", cit., pág.5

(19)-Nulidad parcial del contrato de trabajo, por tanto, como regla general; si la disposición de autonomía privada "contra legem" se refiere a alguno de los elementos esenciales del contrato, éste será, por el contrario, nulo total. Cf. **DIEZ-PICAZO, L.:** "la autonomía privada...", cit., pág.1169-1170; **PALOMEQUE LOPEZ, M.C.:** La nulidad parcial del

contrato de trabajo; Edit. Tecnos, Madrid, 1975, pág.104-105

(20)-En la Jurisprudencia, rotundamente, STS de 25-IX-1989 (Ar.6478): "las partes en la relación laboral especial de Alta Dirección se encuentran en situación de igualdad"

(21)-**DE CASTRO, F.:** "Limitaciones intrínsecas de la autonomía privada", A.D.C., nº2, 1982, págs.988-989; **AMOROS GUARDIOLA, M.:** "Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro", A.D.C., nº2, 1983, págs.1139 y 1141

(22)-**ALONSO GARCIA, M.:** La autonomía..., cit., pág.55, afirmaba que "no es el carácter imperativo o dispositivo de la norma el que determina su imposición o no a la autonomía, sino que es la prevalencia o no la que fija el sentido imperativo o dispositivo de la norma".

El criterio de distinción efectuado tiene su aplicación práctica en la regulación de la relación laboral especial del personal de alta dirección (véase, infra, pág.18)

(23)-**DIEZ-PICAZO, L.:** "La autonomía privada...", cit., pág.1165 y ss

(24)-La jurisprudencia aplica literalmente el artículo 3º del R.D.1382/1985. Vid., SSTs de 25-V-1990 (Ar.4501), 30-I-1991 (Ar.196).

Se otorga un carácter tal a la autonomía privada que, incluso, permite que, por pacto entre las partes, se modifique el derecho supletorio previsto con carácter imperativo en el artículo 3º.3 del R.D.1382/1985; esta doctrina, excesiva, en SCT de 22-V-1989 (Ar.3384).

(25)-Porque la autonomía del Derecho del Trabajo no supone autosuficiencia; Vid., en este sentido, **MENCONI, L., PISANI, A.P. y BATTAGLINI, A.O.:** "L'influenza del Diritto del Lavoro su Diritto Civile, Diritto Processuale Civile, Diritto Amministrativo", G.D.L.R.I., nº1, 1990, págs.5 y ss.

(26)-**RIVERO LAMAS, J.:** "El Derecho Común del Trabajo en España"; cuadernos del Seminario de Derecho del Trabajo, nº1, Fac.de Derecho, Univ.de Zaragoza, 1970, pág.23; en contra de la tradicional teoría civilista de que el "Derecho laboral ...es un Derecho privado especial...", en este sentido, **JORDANO DE POZAS, J.B.:** "Derecho Civil y Derecho del Trabajo", Rev.Der.Prvdo, Diciembre, 1964, pág.1032

(27)-**MONTOYA MELGAR, A.:** Derecho del Trabajo, cit., pág.42.; **SEMPERE NAVARRO, V.A.:** "Sobre el concepto...", cit., pág.196, frente a la tradicional

posición doctrinal laboralista; vid., en este sentido, **MOLERO MANGLANO, C.:** La supletoriedad del Derecho común en el Derecho del Trabajo; Inst.de Est.Polít., Madrid, 1975, pág.50 y ss

(28)-**DE CASTRO, F.:** Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes; 2ª edic.; Editorial Civitas; 1985, pág.80.

De donde se puede concluir que el derecho dispositivo no tiene exclusivamente una función de derecho supletorio; cfr. **DIEZ-PICAZO, L.:** "la autonomía privada...", cit., pág.1163

(29)-**BORRAJO DACRUZ, E.:** "El personal de alta dirección en la empresa", REDT, nº.22, 1985, pág.176.

En contra, atribuyendo a las normas dispositivas del RDPAD sobre indemnizaciones en materia de extinción del contrato el carácter de normas de derecho supletorio, **ALVAREZ DE LA ROSA, M.:** Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo; Edit.Civitas, 1ª edic., 1990, págs.87 y 89

(30)-**SALA FRANCO Y OTROS:** Derecho del Trabajo; Edit.Tirant lo Blanch; 1989; pág.259

(31)-En contra, partidario de una interpretación restrictiva de esta remisión, **VILLEGAS DIAZ, J.J.:** "La relación laboral especial del personal de Alta Dirección", C.L. (I.N.I.), nº7, 1986, pág.29

(32)-**ALONSO OLEA, M.:** Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución; Edit.Civitas, 1982, pág.20

(33)-Un estudio de las directivas comunitarias sobre seguridad e higiene en **ALONSO OLEA, M.:** "Directivas comunitarias y normas nacionales (el carácter mínimo de las directivas sobre seguridad e higiene en el trabajo y la posible 'mayor protección' de la norma nacional)", Rev.Inst.Eur., separata, 1991, pág.9 y ss

(34)-En este sentido, calificando tales normas como normas de derecho necesario absoluto, "por pertenecer al Orden Público laboral", **MONTOYA MELGAR, A.:** Derecho del Trabajo..., cit., pág.286, nota 3

(35)-Vid., supra, Capítulo Primero, II.B.1.1., nota 29

(36)-En este sentido, Cass. Sez. lav. de 30 de enero de 1986, n.604 y Cass. Sez.lav. de 12 de enero de 1987, n.117 ambas en Riv.it.dir.lav., nº 1 y 4, 1987, págs.174 y ss y 711 y ss, respectivamente.

Vid., también, **SAETTA, S.:** "Lo straordinario dei dirigente: ossia tanto rumor per nulla", en Mass.Giur.Lav, nº 4-5, 1990, pág.417, comentando Cass. Sez. lav. de 30 de mayo de 1990, n.3680

(37)-**BORRAJO DACRUZ, E.:** "El personal de alta dirección en la empresa", en Comentarios a las Leyes Laborales; Tomo II, Vol.1º; Edit.Edersa, 1987; pág.12

(38)-SCT de 9-VI-1987 (Ar.12669), que, en virtud de una interpretación analógica en relación con el art.12 del R.D.1382/1985, entendió aplicable el art.33 E.T.

(39)-Iniciada con la SCT de 28-X-1987 (Ar.23333)

(40)-Entre ellas, las siguientes:

SSTS de 16-X-1989 (Ar.7278); 29-I-1990 (Ar.230)
SSCT de 29-X-1987 (Ar.23496); 27-I-1988 (Ar.955); 7-VI-1988 (Ar.4397); 7-VI-1988 (Ar.4398); 7-VI-1988 (Ar.4399); 14-VI-1988 (Ar.4425); 27-IX-1988 (Ar.5742); 27-IX-1988 (Ar.5743); 29-XI-1988 (Ar.7452);

T.S.J.Madrid -(Sala de lo Social) -de 23-X-1989 (A.L. nº3, 1990); con Nota de OLIET GIL, B.

T.S.J.Navarra -(Sala de lo Social) -de 27-X-1989 (A.L. nº1/1990); con Nota de BORRAJO DACRUZ, E.

(41)-Iniciada por STS de 15-III-1989 (Ar.2414), con doctrina profusa; a la que han seguido, entre otras, SSTs de 9-X-1989 (Ar.7137); 27-XI-1989 (Ar.8258); 12-II-1990 (Ar.849); 15-III-1990 (Ar.2084); 5-VI-1990 (Ar.5019)

(42)-SSTS de 20-VI-1988 (Ar.5431) y de 12-VII-1988 (Ar.5799), según las cuales los salarios de tramitación han de entenderse aplicables, en virtud de la remisión genérica del art.11 del RDPAD al art.55 E.T, "como efecto propio del despido improcedente"

(43)-**FERNANDEZ LOPEZ, Mª.F. y RODRIGUEZ-PIÑERO, M.:** "la relación laboral especial...(I), cit., pág.25

(44)-**RODRIGUEZ-PIÑERO, M.:** "Negociación colectiva y acuerdos sociales", P.E.E., nº.22, 1985, pág.289.

(45)-En este sentido, **RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y DEL REY, S.:** "El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley", en Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo, Córdoba, 1983, pág.28, para quienes ese espacio vital deriva del art.37.1 C.E., ya que, a su juicio, "lo que la constitución reconoce es el derecho de los interlocutores a desarrollar...una regulación autónoma de sus relaciones"; por eso, "la garantía legal del derecho a la negociación colectiva...(ha) de respetar ese poder regulación. Lo cual no sería el

caso si a la negociación colectiva no se le dejara ...lo que podría denominarse como un <<espacio vital>> para su desarrollo"; **VALDES DAL-RE, F.**: "El paradigma legal en la negociación colectiva", R.L., nº.5-6, 1990, pág.115, quien entiende ese espacio vital como "reserva en favor de la autonomía colectiva de una función reguladora de segundo grado" (pág.116).

También se ha defendido doctrinalmente ese "espacio vital" del convenio colectivo como una de las consecuencias de la crisis económica; en este sentido, **RODRIGUEZ-PIÑERO, M.**: "Negociación colectiva...", cit., págs.287 y 288; desde la experiencia italiana, **DE LUCA TAMAJO, R.**: "El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley", en Las relaciones laborales y la reorganización...cit., pág.42.

Esta "nueva" relación ley-convenio colectivo ha de ponerse seriamente en duda en cuanto se entienda que la C.E. no establece un ámbito competencial propio del convenio colectivo, "una delimitación formal de campos" (**MONTOYA MELGAR, A.**: "El estado y la autonomía colectiva", A.L., nº.22, 1989, pág.281; vid. también **OJEDA AVILES, A.**: "La doctrina del equilibrio interno del convenio", REDT, nº.31, 1987, pág.354); por lo que, en definitiva, ha de concluirse que esa relación responde "a un esquema perfectamente clásico: la norma estatal establece condiciones mínimas inderogables <<in peius>> que, en cambio, pueden ser mejoradas por la autonomía colectiva" (**ALARCON CARACUEL, M.R.**: "Un concepto clásico entre la ley y el convenio colectivo", en Las relaciones laborales y la reorganización...,cit., pág.60)

(46)-Así lo ha manifestado reiteradamente el T.C.T.; véanse, entre otras muchas, SSCT de 25-X-1985 (Ar.5926); 4-IX-1986 (Ar.8689); (Sala 5ª) 7-XII-1988 (Ar.593)

(47)-De ahí que la doctrina responda a los intentos de "desregulación" o "flexibilidad" del ordenamiento laboral "trasvasada desde el campo colectivo a la órbita del interés individual" (**CASAS BAAMONDE, MªE y BAYLOS GRAU, A.**: "Organización del trabajo y autonomía individual: la "desregulación" del convenio colectivo"; R.L., Tomo II, 1988, pág.175) y a los peligros que la misma puede ocasionar, en concreto, "la disolución de los principios y categorías del Derecho del Trabajo en moldes iuscivilistas" (**CASAS-BAYLOS-ESCUDERO**: "Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español"; R.L., Tomo II, 1987, pág.543) y la sustitución del convenio colectivo por la contratación individual "en masa", con la consiguiente posible lesión del derecho de libertad sindical (Cfr. **GARCIA-PERROTE, I.**: "El acuerdo individual "en masa" como vía de eludir la negociación colectiva con los representantes de los trabajadores", R.L., Tomo I, 1988, pág.642 y ss)

(48)-Existe un reconocimiento doctrinal unánime de la íntima interrelación de estos preceptos constitucionales. Cfr. **CASAS BAAMONDE, M^a.E.**: "Representación unitaria de los trabajadores en la empresa y negociación colectiva"; R.E.D.T., nº13, 1983, pág.38, nota 88.

Tan es así, afirma **ALONSO OLEA, M.**, que "sin su referencia a él, y la de éste a aquéllos, unos y otros son incomprensibles" (Vid. Las fuentes del Derecho. En especial..., cit., pág.111); Cfr. también del mismo autor: Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social; Tomos I y II (1983 y 1984); Edit. Civitas, Madrid, 1984 y 1985; págs.140 y 178-179, respectivamente

(49)-La situación del alto directivo en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo es contradictoria claramente en la etapa nacionalsindicalista española: si bien estaban exceptuados del ordenamiento laboral individual (art.7º L.C.T.), se les consideraba productores a efectos de integración en la Organización Sindical (art.1º,b del Decreto de 9 de abril de 1949, sobre concepto de productor a efectos de la cuota sindical, B.O.E. de 8 de mayo,). Cfr. **DE LA VILLA, L.E.**: "Apuntes sobre el concepto de trabajador...", cit., págs.68-69. Con lo que, en definitiva, se estaba negando la posibilidad de que los altos directivos tuviesen intereses propios, no sólo frente a los trabajadores por cuenta ajena, sino frente al empresario.

Sobre la evolución de la categoría de "productor", vid. **SEMPERE NAVARRO, V.A.**: Nacionalsindicalismo y relación de Trabajo; Edit. Akal, Madrid, 1982, pág.95 y ss

Para la experiencia italiana en la época corporativa, conforme al art.6,3º del r.d. n.1130 de 1 de julio de 1926, las asociaciones sindicales de dirigentes habían de adherirse a las Federaciones de empresarios. Vid. **PETRACONE, G.**: "Dirigente D'Impresa o D'Azienda", en Novissimo Digesto italiano, 3ª edic., 1968, pág.666 y 667; **TOSSI, P.**: Il dirigente D'Azienda; Milano, 1974, pág.17-18

Si bien esta posición del legislador y la doctrina era razonable en la etapa de exceptuación del alto directivo de la legislación laboral, no parece que lo sean hoy tanto afirmaciones como esta: "El Alto Cargo es el interlocutor válido, en nombre del empresario, con los titulares y agentes de los derechos colectivos laborales. Un empresario sometido a presión por sus colaboradores de máxima confianza es un contrasentido" (**BORRAJO DACRUZ, E.**: Altos Cargos..., cit., pág.104); creemos que por esta vía sería fácil negar al alto directivo derechos constitucionales, que, quiérase o no, ha de tener

reconocidos por su consideración como trabajador. Por eso, no se entiende que el autor citado intente después justificar el ejercicio de determinados derechos colectivos laborales (así, la negociación colectiva).

(50)-Vid. Representantes de Comercio (art.12, R.D.1438/1985, de 1 de agosto); para **HUERTAS BARTOLOME, M^a T.:** Mediación mercantil..., cit., pág.187-188, "la negociación colectiva...resulta plenamente reconocida...en los propios términos del E.T."

(51)-Así ocurre en otras relaciones laborales especiales; vid., minusválidos (art.21, RD 1368/85, de 17 de julio); servicio del hogar familiar (Disp. adic., RD 1424/85, de 1 de agosto); deportistas profesionales (art.18, RD 1006/85, de 26 de junio); artistas (art.12.1 RD 1435/85, de 1 de agosto).

(52)-como el caso de penados. Vid.**CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.:** "El trabajo de los penados", en Comentarios a las Leyes Laborales..., cit., Tomo II, Vol.1^o, pág.106

(53)-Existe, no obstante, algún autor que, sin advertir el valor de las normas de la parte dogmática de la C.E., concluye erróneamente, a nuestro juicio, en virtud de una interpretación literal del sistema de fuentes del art.3^o RDPAD, que los altos directivos están excluidos de la negociación colectiva. Vid.**FALCO, J.L.:** "La regulación laboral de los altos cargos de la empresa", Boletín AEDIPE, Marzo, 1986, pág.14

(54)-**BORRAJO DACRUZ, E.:** Altos Cargos..., cit., págs.99 y 104

(55)-**ALONSO OLEA, M.:** Las fuentes del Derecho. En especial del Derecho del Trabajo..., cit., pág.119.

(56)-Vid. clasificación de tales requisitos propuesta por **ESCUDERO RODRIGUEZ, R.:** Los sujetos de los convenios de empresa (Representantes unitarios y representaciones sindicales), MTSS, Madrid, 1985, págs.55 y 56

Desde nuestro tema de investigación interesa destacar los requisitos subjetivos y, de entre ellos, los que se refieren a la delimitación de los sujetos colectivos legitimados para convenir (arts.87 y 88 del E.T.); fórmula esta cerrada, indisponible para las partes (norma de derecho necesario estricto). Cfr.SSTCo. 4/1983, de 28 de enero (BOE de 17 de febrero) y 73/1984, de 27 de junio (BOE de 11 de julio)

(57)-Vid., en este sentido, **MARTIN VALVERDE, A.:** "Grupos de trabajadores y representación unitaria del

personal en la empresa", R.E.D.T., nº11, 1982, pág.325; **DEL REY GUANTER, S.:** "Los convenios colectivos de franja", R.E.D.T., nº17, 1984, pág.115.

(58)-**CUEVAS LOPEZ, J.:** Estructura y función de la representación colectiva en la empresa; Edit.Aranzadi, Pamplona, 1982, pág.31, para quien ese interés, en función del cual el órgano adquiere su razón de ser, "no es otro que el interés de los trabajadores representados".

(59)- **CUEVAS LOPEZ, J.:** Estructura y función...cit., pág.133

(60)-**CUEVAS LOPEZ, J.:** op.ult.cit., pág.130

(61)-Cfr.**VINUESA ALADRO, A.:** La clasificación profesional; Mº.Tº, Servicio de Publicaciones, 1ª edic., Madrid, 1978; págs.54-57; **ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, Mª E.:** Derecho del Trabajo, cit., pág.295

(62)-**FERNANDEZ LOPEZ, MªF. y RODRIGUEZ-PIÑERO, M.:** "La relación laboral especial...(I)", cit., pág.28

(63)-**MARTIN VALVERDE,A.:** "Grupos de trabajadores...", cit., pág.325; **DEL REY GUANTER,S.:** "Los convenios...", cit., pág.116

(64)-SCT de 21 de enero de 1983 (Ar.800); en la doctrina, **SALA FRANCO,T.:** La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas; Edic. Deusto, Bilbao, 1990, pág.93

(65)-**CUEVAS LOPEZ, J.:** Estructura y función..., cit., pág.138 y 156

Las causas de exclusión del derecho de sufragio, conforme al art.69.1 E.T., son las siguientes:

- a).no tener una edad mínima determinada (mayor de 16 años para ser elector; 18 años cumplidos para ser elegible)
- b).no haber alcanzado una antigüedad mínima en la empresa (1 mes para ser elector; 6 ó 3 meses para ser elegible)

En cuanto a otras causas de exclusión establecidas en el E.T. con anterioridad a la modificación efectuada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, señaladamente ser trabajador "no fijo", véase, **CUEVAS LOPEZ, J.:** op.ult.cit., pág.142 y ss; **MARTIN VALVERDE, A.:** "Grupo de trabajadores...", cit., pág.309 y ss.

(66)-O que el trabajador ordinario promueva a alto directivo, teniendo en cuenta, además, que esta posible promoción interna puede producirse con posterioridad a la elección, planteándose un problema adicional; a saber, si un trabajador "ordinario" es

elegido representante de los trabajadores y durante su mandato promueve a alto directivo, dicha conversión ha de entenderse como una de las causas genéricas de finalización de ese mandato representativo (deja de ser, en este supuesto, "trabajador" de la empresa, conforme a la interpretación que hay que dar a este término a efectos de representación unitaria).

Puede decirse, por tanto, que la "promoción interna" tiene un doble efecto:

- a).es causa de exclusión del derecho de sufragio
- b).es causa de terminación del mandato. No es necesario en este supuesto que se produzca una dimisión o revocación formales.

(67)-La exclusión del derecho de sufragio tiene otros efectos en materia de representación unitaria:

*Por un lado, en cuanto al cómputo del número de trabajadores. En este supuesto hay que distinguir:

- a).con anterioridad y durante la elección, como tal trabajador "especial" de alta dirección, ha de entenderse también excluido, en virtud de un principio de tratamiento recíproco, del cómputo del número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo para determinar la necesidad de existencia de estructuras representativas, el tipo de órgano (delegados de personal o comité de empresa) y el número de representantes a elegir, conforme a los art.62.1, 63.1 y 66.1 E.T.
- b).con posterioridad a la elección hay que preguntarse si la conversión de un trabajador ordinario en alto directivo, y viceversa, tiene alguna incidencia en el número de representantes elegidos; problema que puede plantearse cuando el número de trabajadores computables de una empresa o centro de trabajo esté en el límite mínimo de los tramos de las escalas de los art.62.1 y 66.1 E.T. Parece que esa situación no ha de influir por dos motivos: primero, porque este es el criterio jurisprudencial (SSCT de 13 de junio - Ar.4373 y de 3 de octubre de 1985 -Ar.5875; 15-IV-1987 -Ar.9075; 22-III-1988 -Ar.130; 27-X-1988 -Ar.6267;), que, aun cuando pueda parecer excesivo en algunos casos, tiene plena justificación en el que estamos estudiando; porque, y éste sería el segundo motivo aludido, hay que tener en cuenta que conforme al art.9º.2 RDPAD la conversión de una situación en otra tiene, como regla general, un efecto suspensivo respecto a la anterior (y si se opta por la extinción, sólo produce efectos transcurridos 2 años

desde el acuerdo).

*Por otro lado, en lo relativo a las competencias de estos órganos unitarios; téngase en cuenta la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación (BOE de 8 de enero), art.1º.1, en la que, de nuevo, se establece una diferencia clara entre el personal de alta dirección y resto de trabajadores ordinarios de la empresa en materia de representación unitaria: si se trata de trabajadores ordinarios, el empresario "entregará a la representación legal de los trabajadores una copia básica de todos los contratos..."; si se trata de altos directivos, el empresario sólo debe notificar esos contratos. Diferente obligación, pues, que, a nuestro juicio, revela un objetivo diferente: mientras en el primer supuesto se trata de velar por los intereses de los trabajadores, parece; en el segundo, sólo hay un fin, el conocimiento simple del número de contratos de alta dirección y la identificación de la persona contratada como tal. Cfr. **SAGARDOY, J.A. y MONTOYA MELGAR, A.:** El proyecto de Ley sobre Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación; Instit.de Estudios Económicos; Colecc.Informes; Madrid, 1990; pág.28 y ss.

(68)-Esta exclusión se ha producido también en otros países de nuestro entorno; así en ALEMANIA, la Ley Orgánica de Personal, de 15 de enero de 1972 (BETRIEBSVERFASSUNGSGESETZ), conforme a sus arts.7º y 8º, pueden participar, como electores y elegibles en el denominado Comité del personal (Betriebsrat), los "asalariados" (Arbeitnehmer), cualidad que no cabe atribuir, a los efectos de esa ley, a los altos directivos (leitende Angestellte) -art.5.3-. En FRANCIA, art.L.434.3 del Code du travail; vid **LYON-CAEN, G.:** Le droit du travail non salarié; 1990; pág.171; **LYON-CAEN, G. y PELISSIER, J.:** Droit du travail; 14ª edic., edit., Dalloz; París, 1988, pág.745 y ss. (69) -Aranzadi 6902 (70) -Esa misma especialidad justifica la exclusión del derecho de (70) reunión conjunta con el resto de trabajadores, a que se refiere el art.4.1.f) E.T. y se desarrolla en su Capítulo II, Título II, arts.77 y ss; piénsese, además, que la regulación legal de ese derecho gira, en gran medida, sobre los órganos de representación unitaria (convocatoria, presidencia de la asamblea...). Cfr. **TOSSI, P.:** Il Dirigente..., cit., pág.241; **TINTI, A.R.:** "Il dirigente d'azienda nell'ultimo decennio: profili evolutivi", Riv.Trim.dir.e proc.civ.; nº2, 1979, págs.1145-1146

Y aun cuando haya de reconocerse ese derecho de reunión exclusiva de los altos directivos (art.21 C.E.), hay que admitir también, primero, que realmente no tiene sentido hablar de una asamblea de

trabajadores de alta dirección cuando éstos son muy pocos (tal vez, uno solo) en la empresa; y segundo, que la misma, de producirse, estará al margen de lo establecido en el E.T.

(71)-STCo. 79/1983, de 5 de octubre. B.O.E. de 7 de noviembre; F.J.1º

(72)-Son, por tanto, creación de la ley ordinaria y, como mucho, puede hablarse de una vinculación indirecta con el art.129 C.E.; este es el criterio del T.Co., entre otras, en las sentencias 37/1983, de 11 de mayo; BOE de 20 de mayo, F.J.2º y 98/1985, de 29 de julio, BOE de 14 de agosto, F.J.3º.

En la doctrina, **SALA, T. y ALBIOL, I.:** Derecho Sindical; Edit. Tirant lo blanch; Valencia, 1989, pág.191; **MONTOYA MELGAR, A.:** "Stato e autonomia collettiva in Spagna", Riv.it.dir.lav., Parte I, nº3. 1990, pág.282; en contra, considerando que el modelo representativo unitario es una forma o variedad de participación de la empresa, **RODRIGUEZ-SAÑUDO, F.:** "La reforma del Título II de la Ley del Estatuto de los Trabajadores", D.L., nº14, 1984, pág.9; **CASAS, MªE y ESCUDERO, R.:** "Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales", R.E.D.T., nº17, 1984, pág.64

(73)-Cfr. **VALDES DAL-RE, F.:** "Negociación colectiva y representación del personal directivo", R.L., nº2, 1986, pág.69.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de marzo de 1990 (Ar.2084), en la que se afirma, en terminos un tanto vagos, que "el carácter especial de la relación...debe determinar, normalmente, su exclusión del ámbito personal de un convenio general de empresa,..., toda vez que el personal de alta dirección, por no participar como elector ni elegible en los órganos de representación unitaria del personal ~...~, queda fuera del ámbito representativo que a tal clase de órganos legalmente corresponde..."; imprecisión que se concreta en la utilización del termino normalmente y de la que surge al intérprete el interrogante siguiente: ¿el Tribunal quiere decir que es posible su inclusión? ¿cuándo?

También el Tribunal Central de Trabajo ha afirmado esa exclusión en la SCT de 22-V-1989 (Ar.3429), aunque el tribunal no razona ni argumenta dicha exclusión.

(74)-Con lo que, es innecesaria una cláusula expresa del convenio colectivo que los excluya de su ámbito de aplicación; basta, por tanto, una remisión generica a las "exclusiones legales", entendiendo por tales las relacionadas en el art.1º.3 del E.T.; en este sentido, Cfr. los siguientes convenios colectivos publicados en B.O.E. de **1990.:** art.1º CC de "S.A., LAINZ", de 18 de julio (BOE de 8 de

agosto); art.3º CC de "ARGOON, S.A.", de 16 de junio (BOE de 10 de agosto); art.3º CC de "REPSOL PETROLEO, S.A.", de 31 de julio (BOE de 27 de agosto); art.1º CC entre el personal adscrito al Ballet Nacional de España y al Ballet del Teatro Lírico Nacional "La Zarzuela" y el Organismo autónomo "Instituto Nacional de las artes escénicas y de la música", de 24 de octubre (BOE de 3 de noviembre); art.3º CC para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos, de 19 de octubre (BOE de 7 de noviembre); Cfr. también los convenios colectivos siguientes, publicados en B.O.E. de **1991**: art.2º CC de "REPSOL DERIVADOS S.A.", de 14 de febrero (BOE de 2 de marzo)

Aún así, es relativamente frecuente encontrar en los convenios colectivos cláusulas de este tipo. En unos casos, se utiliza la fórmula de enumeración de cargos o funciones (Consejero, miembros de los órganos de administración, miembros de los consejos de administración...). Cfr., en este sentido, los siguientes convenios publicados en B.O.E. de **1990**: art.1º.3 CC de "SANDOZ, S.A.", de 3 de mayo (BOE de 28 de mayo); art.2º.a) CC de "DIARIO EL PAIS", de 7 de mayo (BOE de 29 de mayo); art.3º CC general de la Industrial Química, de 21 de mayo (BOE de 29 de mayo); art.2º.1 CC "AURORA POLAR, S.A.E.", de 26 de abril (BOE de 30 de mayo); art.5º CC para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, de 25 de mayo (BOE de 12 de junio); art.3º CC estatal de Helados, de 16 de julio (BOE de 11 de agosto); art.2º CC estatal de Autoescuelas, de 3 de agosto (BOE de 10 de septiembre). Cfr. también los siguientes convenios colectivos publicados B.O.E. de **1991**: art.1º.2 a) CC del "BANCO DE CREDITO AGRICOLA, S.A.", de 3 de diciembre de 1990 (BOE de 1 de enero de 1991);

Otras veces la exclusión se hace a través de una remisión al art.1º.3 c) E.T.; en este sentido, cfr. los siguientes convenios colectivos publicados en B.O.E. de **1990**: art.3º CC de la Industria Química de 21 de mayo (BOE de 29 de mayo); art.2º.2 CC de "COMERCIAL DE LAMINADOS, S.A.", de 8 de junio (BOE de 26 de junio); art.1º CC de "TELETTRA ESPAÑA, S.A.", de 8 de junio (BOE de 2 de julio); art.2º CC para la actividad de combustibles sólidos (Comercio de carbones), de 26 de abril (BOE de 18 de julio); art.1º CC de Contratas ferroviarias, de 14 de junio (BOE de 28 de julio); art.3º c) CC de "METALKRIS, S.A.", de 5 de julio (BOE de 6 de agosto); art.2º.c) CC de "CARGILL ESPAÑA, S.A.", de 16 de julio (BOE de 13 de agosto); art.4º a) CC de "FORD ESPAÑA, S.A.", de 18 de julio (BOE de 18 de agosto); art.1º CC de "CROWN CORK IBERICA, S.A.", de 3 de agosto (BOE de 10 de septiembre); art.3º CC de "CEBEGA, S.A.", de 28 de mayo (BOE de 20 de septiembre); art.2º CC interprov. para la actividad de combustibles sólidos (comercio de carbones), de 6 de noviembre (BOE de 22 de noviembre). Cfr. también los siguientes convenios

colectivos publicados en B.O.E. de 1991: art.3º CC de "LA ESTRELLA, S.A.E.", de 7 de enero (BOE de 23 de enero)

Tampoco es infrecuente en la negociación colectiva encontrar en las cláusulas de ámbito de aplicación personal del convenio confusión entre dos franjas de personal: los incluidos en el art.1.3.C) E.T. y el personal de alta dirección; aunque dicha cláusula ningún efecto tiene en materia de exclusión (ambos están excluidos del ámbito subjetivo del convenio colectivo), puede, sin embargo, tener consecuencias en cuanto a la delimitación subjetiva del art.2.1.a) del E.T.. Por eso, será estudiada detenidamente más adelante. Cfr. los siguientes convenios colectivos publicados en B.O.E. de 1991: art.4º CC de "CEDOSA", de 21 de enero (BOE de 18 de febrero)

(75)-Un estudio de la negociación colectiva en la época que el alto directivo estaba exceptuado de la legislación laboral, en **CASAS BAAMONDE, M^{AE}.**: Autonomía colectiva y Seguridad Social; Instituto de Estudios Fiscales; Madrid, 1977, pág.80, nota 41, in extenso.

*La exclusión se suele hacer mediante una remisión generica, bien al art.2º.a) del E.T., bien al R.D.1382/1982, de 1 de agosto; cfr. los siguientes convenios colectivos publicados en el B.O.E. en 1990: art.1º III CC de "Productos industriales del caucho S.A.", de 30 de noviembre de 1989 (BOE de 25 de enero de 1990); art.7º.1 IV CC de CETESA, de 23 de enero (BOE de 6 de febrero); art.3º CC de "CORVERO, S.A.", de 9 de febrero (BOE de 20 de febrero); art.2º CC de la "Compañía sevillana de electricidad, S.A.", de 26 de abril (BOE de 28 de mayo); art.3º.g) CC del personal laboral del Consejo Superior de Deportes, de 21 de mayo (BOE de 29 de mayo); art.3º CC estatal para la Industria de Perfumería y afines, de 7 de junio (BOE de 28 de junio); art.1º CC de "TELETTRA ESPAÑA, S.A.", de 8 de junio (BOE de 2 de julio); art.1º CC de Contratas ferroviarias, de 14 de junio (BOE de 28 de julio); art.3º.d) CC interprovincial de la empresa "METALKRIS, S.A.", de 5 de julio (BOE de 6 de agosto); art.2º.c) CC de "CARGILL, S.A.", de 16 de julio de 1990 (BOE de 13 de agosto); art.1º.1 CC interprovincial de "RODIO, CIMENTACIONES ESPECIALES, S.A.", de 16 de julio (BOE de 15 de agosto); art.4º.a) CC interprovincial de "FORD ESPAÑA, S.A.", de 18 de julio (BOE de 18 de agosto); art.2º a) CC de "RENAULT FINANCIACIONES, S.A.", "RENAULT LEASING DE ESPAÑA, S.A." y "RENAULT SERVICES, ESPAÑA, S.A.", de 21 de septiembre (BOE de 10 de octubre); art.3º CC para las empresas y trabajadores de transporte en ambulancia de enfermos y accidentados, de 27 de septiembre (BOE de 19 de octubre); art.1º CC de "LA UNION RESINERA ESPAÑOLA, S.A.", de 24 de octubre (BOE de 29 de noviembre); art.3º CC de "SEPU, S.A.", de 19

de noviembre (BOE de 6 de diciembre).

Cfr. también los siguientes convenios colectivos publicados en el B.O.E. en 1991: art.2º.2.a) CC para el personal de tierra de "REPSOL BUTANO, S.A.", de 10 de diciembre de 1990 (BOE de 10 de enero de 1991); art.2º.2 a) CC de "REPSOL BUTANO, S.A." y su personal de flota, de 15 de octubre 1990 (BOE de 24 de enero 1991)

*En otros supuestos, la exclusión se hace a través de una remisión genérica a las funciones de alta dirección, alta gestión, alto gobierno o alto consejo; en este sentido, cfr.los siguientes convenios colectivos publicados en 1990: art.2º CC de "BIMBO S.A.", de 13 de febrero (BOE de 22 de febrero); art.1º.3 a) CC de la "COMPAÑIA ESPAÑOLA DE PETROLEOS ATLANTICOS, S.A." de 27 de febrero (BOE de 28 de marzo); art.6º CC nacional para las empresas de seguridad, de 4 de abril, (BOE de 10 de mayo); art.3º a) X CC interprov. de "ARTES GRAFICAS TOLEDO, S.A.", de 26 de abril (BOE de 26 de mayo); art.7º CC de "VENTURINI ESPAÑA, S.A.", de 8 de junio (BOE de 26 de junio); art.2º CC estatal de Autoescuelas, de 3 de agosto (BOE de 10 de septiembre); art.2º CC para el personal laboral de la Administración Turística española, de 4 de septiembre (BOE de 13 de septiembre); art.2º IX CC de Centros comerciales y de asistencia técnica de "IBELSA, S.A.", de 14 de septiembre (BOE de 25 de septiembre); art.1º II a) CC para ael personal de flota de "CAMPSA", de 14 de septiembre (BOE de 26 de septiembre); art.3º.1 CC para el personal de tierra de "CAMPSA", de 14 de septiembre (BOE de 9 de octubre); art.2º.a) CC de "REPSOL QUIMICA, S.A.", de 24 de septiembre (BOE de 23 de octubre). Cfr.también los siguientes convenios colectivos publicados en B.O.E. de 1991: art.1º CC de "BBV INTERACTIVOS, S.A., SVB", de 11 de enero (BOE de 23 de enero); art.2º CC de "DENTALITE, S.A.", de 5 de diciembre de 1990 (BOE de 26 de enero de 1991); art.2º CC para el sector de conservas, semiconservas y salazones sde pescados y mariscos, de 18 de enero (BOE de 6 de febrero); art.1º CC de "HISPANO SOCIEDAD DE VALORES Y BOLSA, S.A.", de 14 de febrero (BOE de 2 de marzo); art.2º CC de "PETRONOR, S.A.", de 15 de febrero (BOE de 5 de marzo); art.2º CC de "BIMBO, S.A.", de 20 de febrero (BOE de 6 de marzo); art.1º CC de "CIGARROS CANARIAS, S.A.", de 20 de febrero (BOE de 6 de marzo)

(76)-Aunque el tema será tratado detenidamente en el Capítulo III (delimitación subjetiva del alto directivo), téngase en cuenta que un trabajador directivo "no alto" es un trabajador ordinario y, como tal, "incluible" en el ámbito de aplicación personal de un convenio colectivo. De ahí que su exclusión puede originar el perjuicio de éste (art.90.5 E.T. en relación con el art.83.1 E:T:), derivado, en este supuesto, de la conculcación de la

legalidad (el E.T. ni excluye -art.1º.3- ni califica como trabajo especial -art.2º.a- al directivo simple o no alto). Vid., sobre el concepto de lesividad, **SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.:** "La lesión a terceros en la negociación colectiva", R.E.D.T., nº18, 1984, pág.201 y ss.

En la negociación colectiva son muy frecuentes estas cláusulas de exclusión; así, en unos casos se incluyen, bajo la expresión "alta dirección", cargos cuya calificación como tal es, cuando menos, dudosa (Directores en general, Director de zona, Director de departamento, Gerente de ventas, Director de emisora de radio, Director de hotel, Director de división...). En este sentido, Cfr. los siguientes convenios colectivos publicados en B.O.E. de **1990**: art.5º III CC de "TELYCO", de 19 de marzo (BOE de 27 de marzo); art.1º.3 c) CC de "CEPSA, S.A.", de 27 de febrero (BOE de 28 de marzo); art.3º IX CC de "AVIANCA" y su personal contratado en España, de 4 de junio (BOE de 19 de junio); art.1º CC de "TABACALERA, S.A.", de 8 de junio (BOE de 27 de junio); art.2º a) CC de la "SER, S.A.", de 5 de julio (BOE de 9 de agosto); art.2º CC para el personal laboral de la Administración turística española, de 4 de septiembre (BOE de 13 de septiembre); art.1º.2 CC "COMPAÑIA GENERAL DE SONDEOS, S.A.", de 30 de octubre (BOE de 13 de septiembre).

*En otras ocasiones, la cláusula de exclusión es generica, utilizando expresiones como "puestos de función directiva", "personal directivo", "cuadros directivos", "cargos de dirección", "cuadros" o "directores", entre otras. En este sentido, Cfr. los siguientes convenios colectivos publicados en B.O.E. de **1990**: art.4º CC de "INESPAL", de 8 de enero (BOE de 17 de enero); art.1º CC de "PICSA", de 30 de noviembre de 1989 (BOE de 25 de enero); art.2º CC de "RADIO AEREA MARITIMA ESPAÑOLA, S.A.", de 9 de febrero (BOE de 6 de marzo); art.3º CC de "MINAS DE ALMADEN Y ARRAYANES, S.A.", de 2 de marzo (BOE de 13 de marzo); art.3º de "DHL INTERNACIONAL ESPAÑA, S.A.", de 7 de marzo (BOE de 16 de marzo); art.2º CC interprov. de "AMPER COSESA", de 20 de marzo (BOE de 30 de marzo); art.3º CC de las Líneas aéreas brasileñas Varig, S.A., de 28 de marzo (BOE de 7 de abril); art.2º CC de "EXMINESA", de 3 de mayo (BOE de 29 de mayo); art.2º.1 CC de "AURORA POLAR, S.A.E.", de 26 de abril (BOE de 30 de mayo); art.3º.2 CC de "IBERMATICA, S.A.", de 16 de julio (BOE de 11 de agosto); art.2º.1 CC de las empresas "PHILIPS IBERICA, S.A.", "EUROSERVICE, S.A.", "IBERICA DEL ALUMBRADO, S.A." y "PHILIPS SISTEMAS MEDICOS, S.A.", de 20 de julio (BOE de 23 de agosto); art.2º.1 CC de "HIDROELCTRICA ESPAÑOLA, S.A.", de 30 de julio (BOE de 25 de agosto); art.2º CC de "VICASA, S.A.", de 3 de agosto (BOE de 4 de septiembre); art.1º CC de "CROWN CORK IBERICA", de 3 de agosto (BOE de 10 de septiembre); art.2º CC de "FUNDIBUTO, S.A.", de 3 de agosto (BOE de 11 de

septiembre), art.2º CC de "ROBERTO ZUBIRI, S.A.", de 18 de septiembre (BOE de 18 de octubre); art.2ºb) CC de "REPSOL QUIMICA, S.A.", de 24 de septiembre (BOE de 23 de octubre); art.2º CC de las Industrias de Alimentos Compuestos para perros, de 2 de octubre (BOE de 31 de octubre); art.2º CC de "WANNER Y VINYAS, S.A.", de 15 de octubre (BOE de 31 de octubre); art.1º.5 CC de "ATAM", de 30 de octubre (BOE de 12 de noviembre). Cfr. también los siguientes convenios publicados en B.O.E. de 1991: art.1º CC para el personal laboral del ICEX, de 28 de enero (BOE de 6 de febrero); art.2º.c) CC de "IBERPISTAS S.A.", de 14 de enero (BOE de 16 de febrero); art.2º CC de "FEMSA", de 15 de febrero (BOE de 3 de marzo); art.2º.2 CC de "ECA, S.A.", de 26 de febrero (BOE de 7 de marzo); art.1º.3 CC de "EQUIPOS NUCLEARES, S.A.", de 27 de febrero (BOE de 9 de marzo)

*Otras veces, los convenios colectivos excluyen a determinados cargos directivos "no altos", utilizando la fórmula de enumeración de cargos o funciones. Cfr., en este sentido, los siguientes convenios publicados en el B.O.E. de 1990: art.1º CC de "S.A., EL AGUILA", de 11 de enero (BOE de 19 de enero); art.2º CC de "G + J ESPAÑA, S.A.", de 12 de enero (BOE de 24 de enero); art.3º CC de "CORVERO, S.A.", de 9 de febrero (BOE de 20 de febrero); art.1º.5 CC de "ATAM", de 13 de febrero (BOE de 22 de febrero); art.1º CC de "ZADOYA OTIS, S.A.", de 4 de mayo (BOE de 24 de mayo); art.1º.3 CC de "SANDOZ, S.A.E.", de 3 de mayo (BOE de 28 de mayo); art.2º CC de "URALITA, S.A.", de 26 de abril (BOE de 29 de mayo); art.1º CC de "TABACALERA, S.A.", de 8 de junio (BOE de 27 de junio); art.4º.b) CC de "ASFALTOSESPANÓLES, S.A.", de 7 de junio (BOE de 16 de julio); art.2º CC de "LA LACTARIA ESPAÑOLA, S.A.", de 14 de junio (BOE de 23 de julio); art.3º.a) CC de "METALKRIS, S.A.", de 5 de julio (BOE de 6 de agosto); art.4º.a) CC "GENERAL ELECTRIC CGR ESPAÑA, S.A.", de 9 de julio (BOE de 9 de agosto); art.2º CC de "PATENTES TALGO, S.A.", de 10 de julio (BOE de 10 de agosto); art.3º CC de "UNICEFAR, S.A.", de 1 de agosto (BOE de 27 de agosto); art.1º CC de "HISPANO RADIO MARITIMA, S.A.", de 3 de agosto (BOE de 4 de septiembre); art.2º.a) CC estatal para la actividad de autoescuelas, de 3 de agosto (BOE de 10 de septiembre); art.2º CC de "CASA", de 3 de agosto (BOE de 10 de septiembre); 3º CC de "ERIA, S.A.", de 21 de septiembre (BOE de 10 de octubre); art.1º CC de "S.A., EL AGUILA", de 21 de septiembre (BOE de 3 de noviembre); art.2º.a) CC de "REPSOL EXPLOTACIONES, S.A.", de 30 de octubre (BOE de 22 de noviembre). Cfr. también los siguientes convenios colectivos publicados en B.O.E. de 1991: art.2º CC de "FAG ESPAÑOLA, S.A.", de 7 de enero (BOE de 23 de enero); art.2º CC de "BIMBO, S.A.", de 20 de febrero (BOE de 6 de marzo); art.2º.2 CC de "ECA, S.A.", de 26 de febrero (BOE de 7 de marzo); art.1º.2 CC de "EQUIPOS NUCLEARES, S.A.", de 27 de febrero (BOE de 9 de

marzo)

Esta misma confusión entre las dos franjas de personal directivo en sentido amplio (directivo alto y directivo de régimen común o no alto), en **DIRECCION GENERAL DE POLITICA ECONOMICA** (Ministerio de Economía y Hacienda): La negociación colectiva en las grandes empresas en 1988 (Principales características económicas); Madrid, 1989, pág.115 y ss.; La negociación colectiva...en 1989; Madrid, 1990, pág.205 y ss, donde, bajo el epígrafe Personal Excluido del Convenio, se estudia el supuesto concreto de los órganos directivos, distribuyendo estos por áreas o sectores (Dirección General - Directores y Gerentes-, Financiera, Comercial, Técnica, Personal, Marketing, Informática, Otras áreas) y a los que, indistintamente, se denomina personal de alta dirección y personal directivo

(77)-Para un estudio y clasificación de este tipo de cláusulas, vid. **MONTOYA MELGAR, A.:** "El contenido de los convenios colectivos", R.L. nº.6, 1989, pág.11 y ss.

(78)-Término adoptado por **CASAS BAAMONDE, M^a.E.:** Autonomía colectiva..., cit., pág.41; tengase en cuenta que la autora utiliza este termino como sinónimo de pactos colectivos sobre mejoras voluntarias de seguridad social. Hoy ha de darse a esa expresión un contenido más amplio, entendiendo incluidos los pactos sobre edades de jubilación, con lo que las reflexiones sobre mejoras voluntarias han de extenderse a estos a efectos de su aplicación (o no aplicación) al alto directivo.

(79)-**CASAS BAAMONDE, M^a.E.:** op.ult.cit., pág.39; la autora citada basa su razonamiento en una sentencia del Tribunal Central de Trabajo, de 20 de octubre de 1970 (Jurisprudencia Social nº42, 1970 462/70 TCT), en la que se manifiesta lo siguiente: "...en virtud del Convenio Colectivo de Artes Gráficas se estableció una base mejorada de cotización, con arreglo a la que vino cotizándose por el actor y por todos los trabajadores de la empresa;...y ello no es ignorado por la Mutualidad recurrente que, sin embargo, argumenta no pueden afectar al actor las mejoras de cotización por aumento de bases acordadas en el Convenio..., por cuanto al ser el actor alto cargo excluido del ámbito de aplicación del propio Convenio a tenor del articulado del mismo, no puede venir beneficiado con base mejorada de cotización. No es de estimar tal argumentación: a) porque la exclusión en relación con la contratación colectiva de los altos cargos ha de entenderse..., en relación con las secuencias puramente laborales del convenio. Al establecer el Decreto de 19 de diciembre de 1950..., la afiliación mutualista de los altos cargos - concordante con el art.61.a) de la Ley de Seguridad Social...-, viene a incluirles dentro de la relación

jurídica de seguridad social con todas sus consecuencias, entre las que se encuentra la de venir afectados por las mejoras de bases de cotización que con arreglo a la legalidad vigente pueden establecerse. b) Porque si bien vienen excluidos del ámbito de aplicación de los Convenios colectivos de Artes Gráficas, ello es tan sólo en relación a las puras secuencias laborales y no a las de Seguridad Social...".

(80)-ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: Derecho del Trabajo, cit., pág.763

(81)-Cfr.en este entido los siguientes convenios colectivos publicados en B.O.E. de 1991: art.2º CC para el personal de tierra de "REPSOL BUTANO, S.A.", de 10-XII-1990 (BOE de 10 de enero de 1991); art.2º.3 CC para el personal de flota de "REPSOL BUTANO S.A.", de 15 de octubre de 1990 (BOE de 24 de enero de 1991). En ambos se considera al trabajador ordinario designado como personal de alta dirección como excedente especial por el tiempo que dure la designación, con reserva de su puesto de trabajo y cómputo de antigüedad en la empresa.

Se ha de advertir que en los convenios colectivos aparecen cláusulas similares a la anterior, sobre todo, de mantenimiento de las condiciones de trabajo, principalmente salariales -incluidos los posibles incrementos-, pero los cargos a que se refiere el convenio, para los que puede ser designado el trabajador "ordinario", dudosamente pueden ser calificados como de alta dirección; se trata, realmente, de cargos directivos no altos o de régimen común y, como tales, de trabajadores ordinarios, aunque pertenecientes a un grupo profesional superior. Con lo que el convenio colectivo está aplicando a un supuesto de hecho (movilidad funcional y ascenso del E.T., previstas ambas para los trabajadores comunes) los efectos de una norma (art.9ª RDPAD) previstos para un su puesto diferente (conversión de un trabajador ordinario en especial de alta dirección). En este sentido, cfr.los siguientes convenios colectivos publicados en B.O.E. de 1991: art.2.3 C.C. de "ENAGAS", de 11 de diciembre de 1990 (BOE de 15 de enero)

(82)-Cfr. en este sentido los siguientes convenios colectivos publicados en B.O.E. de 1991: art.2º CC para el sector de conservas, semiconservas y salazones de pescados y mariscos, de 18 de enero (BOE de 6 de febrero), conforme al cual "Quedan excluidos los cargos de alta dirección (...). Sin embargo, el personal técnico o administrativo que cumpla funciones pertenecientes a cualquiera de las categorías profesionales que en este Convenio quedan definidas y que con carácter temporal o sólo parcialmente asuman funciones propias de dirección, no quedará excluido de la protección que otorga a los

encuadrados en la misma";

(83)-Vid. SCT de 8 de marzo de 1988 (Ar.106). En contra, parece, según una interpretación "a sensu contrario", la STS de 15 de marzo de 1990 (AR 2084), de la que se deduce que el contrato de alto directivo que prevea su inclusión en un convenio colectivo es válido (f.d. 3º, párrafo tercero, in fine). Solución esta a que es posible llegar para el Tribunal, en cuanto el mismo vincula el Convenio Colectivo (Fuente del Derecho del Trabajo) al art.3º.2 del RDPAD; de ahí que, efectivamente, no remitiéndose expresamente el RDPAD al Convenio colectivo -como ya hemos afirmado anteriormente-, la única posibilidad sea, según el T.S., que el contrato lleve a cabo dicha remisión. Con lo que, dicho sea de paso, se estaría dando valor absoluto al contrato de trabajo.

Por el contrario, según se expone a continuación, el convenio colectivo negociado para el conjunto de los trabajadores ha de vincularse al art.3º.1 RDPAD (no es una [de las demás] normas que sean de aplicación a esta relación especial)

La indisponibilidad aludida más arriba ha de entenderse también en sentido contrario, es decir, es ineficaz el contrato de trabajador directivo de régimen común o no alto directivo que excluya la aplicación de un convenio colectivo, a cuya unidad de contratación pertenece este trabajador ordinario; si además, aquella exclusión contractual trae su causa del propio convenio colectivo, será nula la cláusula de este. Así, no es infrecuente en la negociación colectiva los supuestos de cláusulas relativas al ámbito de aplicación personal del convenio que remiten genéricamente a las "exclusiones contractuales" de dicho ámbito, permitiendo, pues, que a través del contrato individual se deje arbitrariamente fuera a trabajadores "ordinarios" o "comunes" (como es el trabajador directivo no alto).

Cfr. en este sentido, los siguientes convenios colectivos publicados en B.O.E. de 1990: art.3º CC de "DHL INTERNACIONAL ESPAÑA, S.A.", de 7 de marzo (BOE de 16 de marzo); art.3º CC de "REPSOL PETROLEO, S.A.", de 31 de julio (BOE de 27 de agosto)

(84)-Vid. **VALDES DAL-RE, F.:** "La adhesión y la extensión de los convenios colectivo"; R.E.D.T., nº36, 1988, pág.506; del mismo autor: "Acuerdos de adhesión y actos de extensión: una aproximación funcional", R.L., nº2, 1987, pág.6-7

(85)-Cfr.los siguientes convenios colectivos publicados en B.O.E. de 1990: art.7º.1 CC de "CETESA", de 23 de enero (BOE de 6 de febrero); art.2º CC de "REPSOL QUIMICA, S.A.", de 24 de septiembre (BOE de 23 de octubre) Este triple acuerdo de voluntades es necesario también en el supuesto

inverso, es decir, cuando la regla general es la inclusión en el ámbito de aplicación personal del convenio por ser trabajador "ordinario" por cuenta ajena. Es válida, pues, la cláusula del convenio que prevea la exclusión de trabajadores directivos, si la misma se solicita de forma expresa por el trabajador. Cfr. en este sentido los siguientes convenios colectivos publicados en B.O.E. de 1990: art.2º CC de "AGFA GEVAERT, S.A.", de 7 de mayo (BOE de 22 de mayo); art.2º.2 CC de "AURORA POLAR, S.A.E.", de 26 de abril (BOE de 30 de mayo); art.2º CC de "HERTZ DE ESPAÑA, S.A.", de 25 de mayo (BOE de 5 de junio).

Téngase en cuenta, pues, la regla diferente entre el personal de alta dirección y el personal directivo no alto efectos de las posibles disposiciones contenidas en las cláusulas de un convenio colectivo relativas al ámbito de aplicación personal: mientras en el primer caso, la regla general es la exclusión del convenio y, por tanto, es necesaria solicitud expresa (admitida en el convenio) para que sea incluido; en el segundo supuesto la regla es la inclusión, y la excepción la exclusión, siempre que esta se solicite expresamente y tal solicitud se haya previsto en el convenio. Aun así, hay convenios colectivos que aplican al personal directivo no alto la que hemos denominado regla general para el alto directivo; cfr. los siguientes publicados en B.O.E. de 1990: art.2º CC de "FUNDIBUTO S.A.", de 3 de agosto (BOE de 11 de septiembre); art.2º CC de "WANNER Y VINAYAS, S.A.", de 15 de octubre (BOE de 31 de octubre).

(86)-Vid.supra, en este Capítulo Segundo, apartado II,B.2.2.

(87)-Vid.este supuesto en STS, de 16 de mayo 1990 (R.L.nº14, 1990), en la que se entiende, sin mayor justificación, que la cláusula del contrato de alto directivo relativa a la aplicación "de los derechos contenidos en los arts.29, 30, 40 y 41 del entonces vigente Convenio colectivo de la Banca Privada" (relativos a pensiones complementarias correspondientes a invalidez, jubilación, viudedad y orfandad), es válida. En expresión del Tribunal (F.de D. 2º): "... (es) innegable la incorporación a la relación laboral de carácter especial concertada entre las partes contentientes, del contenido de los arts.29, 30, 40 y 41...".

(88)-Cfr. **TOSSI, P.:** Il Dirigente... cit., pág.226

Téngase en cuenta el significado doble del término "collaborazione" en Italia:

.por un lado, como elemento o requisito de todo trabajador ("lavoratore subordinato"): dirigente, quadri, impiegati, operai- ex arts.2094 y 2095 C.Civil italiano; elemento que responde a la ideología corporativista de la época.

.por otro lado, como instrumento de individualización

de la categoría profesional más elevada (dirigente) frente al resto de trabajadores, conforme a la construcción doctrinal y jurisprudencial italiana, que califican al dirigente como cooperador o colaborador del empresario de la máxima confianza.

Se introduce así el elemento de la colaboración inmediata y directa en la toma de decisiones entre el dirigente y el empresario para delimitar subjetivamente esa categoría de personal. Cfr. **BASENGHI, F.:** "La figura del dirigente nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale", Il Dir. del lav., nº1, 1990, pág.40 y ss

(89)-Sentencia, ya citada, de la Sala 5ª, de 22 de octubre de 1987 (Ar.6902)

(90)-Esa confusión también en la doctrina; vid. **ANTRAS BADIA, J.Mª:** "Comentarios a la normativa reguladora de la relación laboral especial del personal de alta dirección", R.J.C., nº1, 1986, pág.151, para quien "el artículo 16 del R.D. excluye al alto directivo de los sistemas de representación sindical que establece el Título II del E.T."

(91)-Cfr. Convenio 87 OIT, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación -ratificado por España por Instrumento de 20-IV-1977-, art.2ª: "Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción..., tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones con la sola condición de observar los estatutos de las mismas". Respecto a determinados trabajadores (entre ellos, los altos directivos), el **III Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones, OIT, 69ª reunión;** Ginebra, 1ª edic., 1983, pág.37-38, afirma que, "al no quedar explícitamente excluidos del campo de aplicación del Convenio nº87, es evidente...que deberían gozar de las garantías del convenio y, en particular, del derecho a constituir organizaciones y de afiliarse a ellas".

(92)-Vid. Cls 3ª edic., 1985

(93)-**TOSSI, P.:** Il dirigente..., cit., pág.227

(94)-Así lo ha manifestado reiteradamente el Tribunal Constitucional; cfr., entre otras, las siguientes sentencias: 39/1986, de 31 de marzo (BOE de 9 de abril), F.J.3ª a); 51/1988, de 22 de marzo (BOE de 13 de abril), F.J.5ª; 108/1989, de 8 de junio (BOE de 4 de julio), F.J.2ª; 127/1989, de 13 de julio (BOE de 9 de agosto), F.J.3ª

Por cierto, la jurisprudencia ordinaria ha debido de tener en cuenta esta doctrina; cfr., en este sentido, STS de 15 de marzo de 1990 (Ar. 2084), F.J.3ª, párrafo tercero, donde se afirma, sin mayor

justificación, que "...el personal de alta dirección [no queda] privado del derecho a la negociación colectiva, reconocido por el art.37.1 de la Constitución..."

(95)-Con este u otros terminos similares se ha referido la doctrina a la fórmula empleada por el art.37.1 C.E. en cuanto a quienes sean los "representantes de los trabajadores" (así, utilizando el término usado en el texto, **DURAN LOPEZ, F.:** "El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva", R.L., nº15-16, 1990, pág.26; de "atribución genérica" habla **ALONSO OLEA, M.:** Las fuentes del Derecho. En especial..., cit., pág.117; de "fórmula extremadamente indeterminada" la califica **ESCUDERO RODRIGUEZ, R.:** Los sujetos de los convenios..., cit., pág.28), ofreciendo interpretaciones dispares acerca de quienes haya de entenderse sujetos investidos de ese derecho, señaladamente si ha de incluirse en esa fórmula a todo representante que pueda existir o crearse. Admiten esta fórmula amplia, **VALDES DAL-RE, F.:** Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios; Edit. Acarl, Madrid, 1988, pág.30 y ss. **ESCUDERO RODRIGUEZ, R.:** Op.ult.cit., pág.29 y ss; ; en contra, entendiendo que la misma se refiere exclusivamente a aquellos representantes institucionales preexistentes a la negociación misma, **ALONSO OLEA, M.:** op.ult.cit., pág.119; **DURAN LOPEZ, F.:** op-ult.cit., pág.26-27

(96)-Cfr. **ALONSO OLEA, M.:** op.ult.cit., pág.118; **DEL REY GUANTER, S.:** "Los convenios colectivos de franja", cit., pág.111; **GARCIA MURCIA, J.:** "La tutela del sindicato como agente de la negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional", R.L., nº2, 1985, pág.253

(97)-No admisión en un doble sentido: por un lado, desde la Constitución, considerando que el convenio de franja puede atentar contra el principio de igualdad constitucional; en este sentido, se manifestó **SALA FRANCO, T.** en El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios..., cit., pág.562.

Por otro, desde el Estatuto de los Trabajadores, negación del valor estatutario del convenio de franja; en este sentido, **SERRANO MARTINEZ, J.E.:** "El Convenio colectivo de franja en el ordenamiento español", en Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profs. Bayón Chacón y Del Peso y Calvo; Fac. de Derecho, UCM, Madrid, 1980, pág.267; **ESCUDERO RODRIGUEZ, R.:** op.ult.cit., pág.240. En contra, admitiendo la posibilidad de un convenio de franja estatutario: **SAGARDY BENGOCHEA, J.A.:** "La estructura de la negociación colectiva antes y después del Estatuto de los Trabajadores", REDT, nº16, 1983, pág.513-514; **DEL REY GUANTER, S.:** op.ult.cit., pág.124. Doctrina dividida en base a una

interpretación diferente de la expresión "totalidad de los trabajadores en la empresa" a que se refiere el art.87.1 párrafo primero del E.T.

(98)-Se plantea, sobre todo, la viabilidad del convenio de franja supraempresarial, desde la perspectiva de los requisitos de legitimación que los art.87.2 y 88.1 E.T. exigen para dicho ámbito, señaladamente si los porcentajes exigidos por ambos preceptos se han de aplicar al comité de empresa en su conjunto, o sólo a los miembros del comité del ámbito del convenio de franja. Cfr.**RAYON SUAREZ, E.:** Los convenios colectivos para grupos de trabajadores; IES, s.f., pág.40 y ss.; del mismo autor: "Sindicatos de cuadros y negociación colectiva. El estado de la cuestión en la doctrina de los tribunales", D.L., nº9, 1983, pág.135

(99)-Cfr., entre otras, las siguientes sentencias: STCo 37/1983, de 11 de mayo (BOE de 20 de mayo), F.J. 2º; STCo 98/1985, de 29 de julio (BOE de 14 de agosto), F.J.3º; STCo 165/1986, de 18 de diciembre (BOE de 3 de enero de 1987), F.J.3º;

(100)-El Tribunal Constitucional distingue, pues, dentro del contenido esencial del derecho de libertad sindical: a).núcleo mínimo e indisponible, formado por el derecho a la negociación colectiva, el derecho de huelga y el derecho a plantear conflictos colectivos; b).contenido adicional, integrado por aquellos derechos que las normas infraconstitucionales pueden atribuir a los sindicatos (entre ellos, promoción y presentación de candidaturas a las elecciones a órganos unitarios...). Cfr., entre otras, las siguientes sentencias: STCo 184/1987, de 18 de noviembre (BOE de 10 de diciembre), F.J.4º; STCo 187/1987, de 24 de noviembre (BOE de 10 de diciembre), F.J.4º; STCo 9/1988, de 25 de enero (BOE de 5 de febrero), F.J.2º; STCo 51/1988, de 22 de marzo (BOE de 13 de abril), F.J.5º.

Una dura crítica a esta doctrina en **DIEGUEZ CUERVO, G.:** "Elecciones sindicales y derechos sindicales fundamentales", REDT, nº34, 1988, pág.251 y ss.

(101)-STCo 187/1987, de 24 de noviembre (BOE de 10 de diciembre), F.J.4º, párrafo 2º

(102)-La posición doctrinal mayoritaria es favorable al reconocimiento jurídico de los convenios colectivos extraestatutarios. Vid., entre otros, **ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, MªE.:** Derecho del Trabajo. Actualización de la 11ª edición; Facultad de Derecho, U.C.M., 1990, pág.108; **VALDES DAL-RE, F.:** Configuración y eficacia..., cit., pág.21 y ss; **SALA FRANCO, T.:** "Los convenios colectivos extraestatutarios", en Manifestaciones de la

autonomía colectiva en el ordenamiento español, ACARL, Madrid, 1989, pág.45 y ss; **OJEDA AVILES, A.:** Derecho Sindical; 5ª edic.; Edit. Tecnos, Madrid, 1990, pág.574; **PALOMEQUE LOPEZ, M.C.:** Derecho Sindical español, 3ª edic., Edit. Tecnos, Madrid, 1989, pág.313; **DESDENTADO, A. y GARCIA-PERROTE, I.:** "En torno a los problemas del convenio de eficacia limitada en el Derecho español", R.E.D.T., nº4, 1980, pág.550 y ss.

En cuanto a la consagración de este convenio colectivo en la doctrina del Tribunal Constitucional, vid., últimamente, STCo. 108/1989, de 8 de junio (BOE de 4 de julio), F.J. 2º.

En la Jurisprudencia Ordinaria vease, entre otras, SSCT de 28-III-1985 (Ar.2294); 13-XI-1986 (Ar.12767); 5-IV-1989 (Ar. 165)

(103)-Así se ha manifestado un sector de nuestradoctrina; vid., **MONTOYA MELGAR, A.:** "Sobre la viabilidad legal de los convenios colectivos al margen del Estatuto de los Trabajadores", en Problemas actuales de la negociación colectiva, ACARL, Madrid, 1984, pág.53 y ss; últimamente, también, **DURAN LOPEZ, F.:** "El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva", cit., pág.24 y ss.

Resulta cuando menos paradójico que este sector doctrinal no haya planteado, o bien la inconstitucionalidad del art.16 RPAD, en cuanto, se diría, imposibilita el acceso de la organizaciones sindicales de altos directivo a la negociación colectiva estatutaria; o bien el tema de la constitucionalidad de la opción del E.T. que limita el derecho a participar en la negociación colectiva a las organizaciones sindicales que ostenten un mínimo de representatividad; o bien, una crítica a la inclusión del alto directivo en el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo, afirmando claramente que el mismo no es trabajador por cuenta ajena.

(104)-Vid., en este sentido, **DURAN LOPEZ, F.:** "El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva", cit., pág.30 y ss.

(105)-**BORRAJO DACRUZ, E.:** "La obligatoriedad general de los convenios colectivos de trabajo en el nuevo Derecho español", R.P.S., nº126, 1980, pág.15; del mismo autor: "La obligatoriedad general o limitada de los convenios colectivos de trabajo", en El Estatuto de los Trabajadores. Puntos críticos; Edt. Edersa, Madrid, 1980, pág.217

(106)-Reconocen eficacia normativa al c.c.extraestaturario, entre otros, **RIVERO LAMAS:** "La negociación colectiva en la Constitución", R.P.S., nº121, pág.15; **SALA FRANCO, T.:** "Los convenios colectivos extraestaturarios", cit., pág.62; **CASAS BAAMONDE, Mªe.:** "Representación unitaria...", cit.,

pág.40; **PALOMEQUE LOPEZ, M.C.:** Derecho Sindical, cit., pág.359 Y 360

Otorgan eficacia contractual a este tipo de convenio, entre otros, **ALONSO OLEA, M.:** Las fuentes del Derecho. En especial..., cit., pág.125, aunque, ciertamente, este autor no se manifiesta expresamente, pero se puede deducir en cuanto no vincula "fuerza vinculante de los convenios" del art.37.1 C.E. a fuerza normativa; **OJEDA AVILES, A.:** Derecho Sindical, cit., pág.638; **BORRAJO DACRUZ, E.:** "La obligatoriedad general o limitada...", cit., pág.216, aunque este autor modifica su criterio en Altos Cargos..., cit., pág.114; **MARTINEZ JIMENEZ, J.M.:** "La condición más beneficiosa. Especial referencia a los pactos colectivos y a los usos de empresa como fuente de la misma", R.L., Tomo I, 1988, pág.104

Posición particularísima es la de **VALDES DAL-RE, F.:** configuración y eficacia..., cit., pág.83, quien entiende que esa fuerza vinculante ha de entenderse como eficacia inderogable en una doble vertiente: eficacia inmediata y eficacia imperativa, de tal forma que el c.c.extraestatutario es un "acto normativo", situándose este a medio camino entre el c.c. estatutario y el mero pacto privado (pág.86); con lo que el autor, parece, pretende salvar los problemas que el reconocimiento de la eficacia normativa del c.c. extraestatutario puede traer consigo (p.ej., control de legalidad, concurrencia...) La diferencia entre ambos convenios no consiste, según el autor, en el tipo de efectos, sino en el lugar que cada uno ocupa en el sistema formal de fuentes del Derecho del Estado; el convenio colectivo extraestatutario, como acto normativo intermedio, sería fuente de la relación laboral a la que se refiere el art.3º.1.b) E.T. Adviertase que, según expusimos, el art.3º del E.T. se refiere a las Fuentes del Derecho del Trabajo, no a las fuentes de la relación laboral

La jurisprudencia ordinaria entiende que la eficacia jurídica del c.c.extraestatutario es contractual; vid., últimamente, SSCT de 12-XI-1987 (Ar.); 11-XII-1987 (Ar.) 20-IX_1988 (Ar.); 25-I-1989 (Ar. 454);

(107)-Aunque de la doctrina manifestada en la Sentencia 108/1989, de 8 de junio (BOE de 4 julio) cabe deducir, cuando menos, que la eficacia normativa es el "plus" que el convenio colectivo estatutario o de carácter erga omnes tiene frente al extraestatutario.

El T.Co. expresa lo siguiente (F.J.2º): "El carácter estatutario o no del convenio es simple consecuencia de que se cumplan o no los requisitos de mayoría representativa que el Estatuto de los Trabajadores exige para la regularidad del convenio colectivo, al que se otorga en ese caso un plus de

eficacia por el carácter erga omnes del llamado convenio colectivo estatutario".

Interpretación contraria en **ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.:** Derecho del Trabajo. Actualización..., cit., pág.109, para quienes ese plus "como es fácil comprobar, [refiere] a la eficacia personal y no a la jurídica, la misma para uno y otro tipo de convenios".

(108)-Cfr. en este sentido, **SEMPERE NAVARRO, V.A.:** "Notas sobre la costumbre laboral", R.E.D.T., nº10, 1982, pág.213, para quien los usos de empresa "son simples comportamientos de hecho que no llegan a constituir fuentes de derecho, sino medios probatorios o interpretativos de los contratos de trabajo"; **MONTOYA MELGAR, A.:** Derecho del Trabajo, cit., pág.106; **MARTINEZ JIMENEZ, J.M.:** "La condición más beneficiosa. Especial referencia...", cit., pág.106 y ss.

En contra, parece, **FERNANDEZ LOPEZ, M^a F.:** "Dos sentencias sobre costumbre laboral", R.P.S., nº 141, 1984, pág.235, quien lleva a cabo un replanteamiento del elemento de la generalidad

(109)-Vid. últimamente SCT 11-I-1989 (Ar.13) y 25-I-1989 (Ar.454), aunque justo es reseñar la doctrina vacilante que se desprende de las sentencias T.C.T.: si vincula "fuerza vinculante" del art.37.1 C.E. a fuerza normativa (SSCT de 23-II-1989 -Ar.1294; 9-III-1989 -Ar.2029) o, en expresión del propio Tribunal, "la negociación colectiva, como fuente de producción de normas jurídicas, ya no recibe su fuerza de la ley, sino de la propia constitución, a través de su art.37.1..."; si ello es así, y el convenio colectivo extraestatutario se acoge al [...] derecho constitucional del art.37.1 C.E. (SCT 5-IV-1989 -Ar.165), no se entiende porque no se admite la naturaleza jurídica normativa de este tipo de convenio colectivo.

2d. 107.992

7E
9/2

BIBLIOTECA UCM



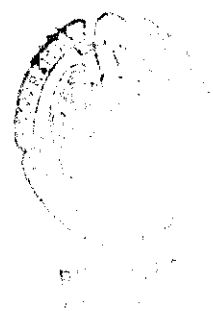
5306844544

YOLANDA SANCHEZ-URAN AZAÑA

EL ALTO DIRECTIVO LABORAL

(Un estudio jurídico sobre la titularidad y el
ejercicio del poder en la empresa)

DONATIVO



"EXCLUIDO DE PRESTAMO"

TOMO II

CAPITULO TERCERO

CONFIGURACION SISTEMATICA DEL PERSONAL DE ALTA

DIRECCION: INDICIOS JURISPRUDENCIALES.

I. INTRODUCCION

Incluido el alto directivo en la legislación laboral como trabajador por cuenta ajena de carácter especial, la finalidad de esta parte de nuestro trabajo es el estudio de los elementos que, de una u otra forma, directa o indirectamente, pueden delimitar la noción o definición dada por el legislador en el artículo 1º del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (en adelante, simplemente, el R.D.).

La tarea propuesta ha de realizarse, en primer lugar, teniendo en cuenta los grupos o franjas de personal directivo en sentido amplio entre los que aquel se encuentra. En el capítulo primero ya se hizo una primera distinción entre alto cargo y cargo directivo medio o intermedio, que implicaban para el legislador soluciones jurídicas diferentes en cuanto a su posible exclusión o inclusión en el ámbito de la legislación laboral. La evolución legislativa, como expondremos, propicia una subdivisión del grupo de altos cargos en, los que podríamos denominar provisionalmente, alto cargo laboral y alto cargo no laboral.

La distinción de este tercer grupo de "directivo en sentido amplio" o, lo que es más importante, la atribución al mismo, frente a los

otros dos grupos, de efectos jurídicos diferentes en lo que respecta a su inclusión/exclusión del ámbito del Derecho del Trabajo, nos ha de llevar, como paso previo a la distinción con el alto directivo, a fijar cuál ha sido la evolución legislativa y el fundamento o razón de su exclusión, mantenida hoy por el artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, como excepción a la regla general de aplicación de la legislación laboral propuesta en su artículo 1º.1.

Seguidamente, nuestro estudio se centrará en los elementos o notas que, directa o indirectamente, sirven para diferenciar estos grupos de sujetos; se trata, pues, en esta parte del trabajo de proponer posibles elementos de diferenciación, valorar los mismos y, por último, llegar al elemento o elementos que den cierta seguridad a esa distinción, aun cuando, como veremos, en determinados supuestos los límites puedan ser un tanto imprecisos. Con ello habremos llegado a determinar las notas configuradoras del alto directivo laboral, sujeto de una relación laboral de carácter especial.

Como en toda tarea interpretativa, los criterios a utilizar pueden ser unos u otros según el fin que se quiera alcanzar en la investigación; conviene, pues, señalar los criterios a emplear en el estudio propuesto. Como ya expusimos en páginas anteriores (1), en lo que se refiere a la delimitación subjetiva del que hoy podemos denominar alto cargo laboral

nuestra opción interpretativa será restrictiva; en efecto, aun adelantando conclusiones, conviene avanzar lo siguiente: en primer lugar, y en lo que respecta a las notas distintivas o configuradoras entre los tres grupos de personal directivo, no existe un presupuesto diferenciador único; como razonaremos detalladamente, aun cuando legislador y jurisprudencia hayan utilizado como elemento configurador del alto directivo la función desempeñada, este presupuesto puede ser válido para distinguir el directivo de régimen laboral especial del directivo de régimen laboral común, pero, a nuestro juicio, nada aclara en la delimitación entre el alto cargo laboral y el alto cargo no laboral. Nuestra opción interpretativa por unos criterios dispares de distinción impedirá, como veremos, incluir en el ámbito subjetivo del R.D. a personas que están en la frontera entre el alto cargo laboral y el alto cargo no laboral y, en consecuencia, se mantendrán excluidos de la legislación laboral especial en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º.3 del mismo.

En segundo lugar, respecto a la configuración del alto directivo frente al directivo medio o no alto propuesta por el artículo 1º.2 del R.D., que trata de dar un concepto de personal de alta dirección, la interpretación extensiva del ámbito subjetivo del citado reglamento es rechazada en este

trabajo. No sólo porque tal sigue siendo la posición jurisprudencial (2) -ya que frente a esta opinión podría objetarse la postura doctrinal conforme a la cual ..."la existencia de la regulación especial [para el alto directivo] hace menos drásticos los efectos de la excepción" (3)-, sino también porque los principios en los que se basa la regulación propuesta por el R.D. citado obligan a esta conclusión.

No hay que olvidar que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, la aplicación de los principios generales del Derecho Civil y el Derecho Mercantil, conforme al artículo 3º del R.D., y el fundamento legal de "la recíproca confianza" (artículo 2º R.D.) inspiran una regulación en la que, como veremos, elementos básicos de la legislación laboral no se aplican. Por ello, una interpretación amplia del ámbito subjetivo del R.D. de Personal de Alta Dirección hacia sujetos incluidos en la franja del directivo de régimen común produciría una situación desfavorable para ellos provocada por la exclusión del régimen laboral previsto en el Estatuto de los Trabajadores y normas de desarrollo, es decir, de la legislación laboral "ordinaria".

Por eso aun cuando se afirme que la presunción "iuris tantum" en favor del contrato de trabajo de directivo común probablemente se debilite al existir ya regulación especial para el personal de alta dirección, las fuentes y criterios en que se basa la

regulación contenida en el Decreto (artículo 3º) y el fundamento de la relación en la recíproca confianza (artículo 2º) obligan, a nuestro juicio, a mantener hoy vigente el criterio interpretativo jurisprudencial conforme al cual el alto directivo es la excepción a la regla general que, como tal, ha de ser interpretada restrictivamente.

II.GRUPOS DE PERSONAL DIRECTIVO EN SENTIDO AMPLIO. DELIMITACION

A.IMPORTANCIA DE LA DISTINCION

A.1.Bipartición

Ha sido tradicional y constante en la evolución legislativa y jurisprudencial laborales la distinción entre sujetos que, de una u otra forma, podían integrarse en el conjunto genérico de personal directivo o cargos de dirección y la tendencia a mantener excluidos de la legislación laboral a las personas que, dentro del término genérico de personal directivo, ejercían el cargo de Director, Gerente, Apoderado General, Factor, alto funcionario de la empresa....., es decir, aquéllos a los que la jurisprudencia convino en denominar ALTOS CARGOS.

La distinción bipolar hecha tempranamente por la jurisprudencia se mantuvo por el legislador en etapas

posteriores; en efecto, aun cuando el Código de Trabajo de 1926 no recogió expresamente esos dos grupos de sujetos directivos, sobre la base de distinción entre trabajador manual (incluido en el Código como sujeto de un contrato de trabajo) y trabajador intelectual (excluido del concepto de trabajador sujeto de un contrato de trabajo, conforme a la definición de obrero dada en los artículos 1º y 427 del Código), la jurisprudencia distinguió el Director y Gerente de empresa (artículo 427 del Código) del Jefe de Fábrica, asimilando este último a trabajador manual y, por tanto y a diferencia del anterior, incluyéndolo en la legislación laboral (4).

El legislador posterior recogió esta distinción con efectos jurídicos diferentes para cada uno de los grupos de directivos en lo que respecta a la aplicación de la legislación laboral. La Ley de Contrato de Trabajo de 1931 distinguió a ... "los encargados de empresa, los contramaestres y los jefes de talleres" (artículo 6º) de los "...directores, gerentes y altos funcionarios de las empresas" (artículo 7º) y la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, con redacción análoga, distinguió entre "...encargados de empresas, contramaestres y jefes de talleres o de oficinas" (artículo 6º) y "...personas que desempeñen en las empresas las funciones de alta dirección, alto gobierno y alto consejo" (artículo

7º), es decir, los Altos Cargos; mientras incluía a los expresamente en la legislación laboral y eran, pues, considerados sujetos de un contrato de trabajo, excluía a los segundos.

Ahora bien, aun cuando se ha afirmado (5) que, bajo las expresiones del artículo 6º de las Leyes citadas se engloban los cargos directivos no altos y, en consecuencia, que el legislador los incluía en el contrato de trabajo frente a la exclusión de los altos cargos comprendidos en el artículo 7º de ambas normas, lo cierto es que la lectura de la jurisprudencia no permite una conclusión tan clara. Durante esta etapa legislativa la jurisprudencia estuvo más preocupada en buscar y razonar la exclusión del segundo grupo de directivos de la legislación laboral que en dotar de cierta coherencia a la distinción; es decir, los tribunales se preocuparon más en apoyar la opción legislativa de la exclusión prevista en el artículo 7º de las citadas leyes que en distinguir con claridad entre el trabajador directivo y el alto cargo.

Así, la jurisprudencia de esta época no delimitó quiénes fueran "los encargados de las empresas" con lo que, en consecuencia, no se despejó la duda sobre su posible diferencia respecto de los "Directores o gerentes de las empresas", excluidos de la legislación laboral; los denominados "contramaestres" fueron olvidados; sólo los "jefes de talleres",

siempre que esta expresión se entienda análoga a la de Jefes de Fábrica, fueron objeto de atención, separándolos de los Jefes de Empresa o Directores de Empresa para determinar el ámbito subjetivo del artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944, respectivamente.

Por otra parte, y dando por supuesta la referencia de ese precepto legal a los trabajadores directivos no altos, es clara, también, su enumeración taxativa; pero la jurisprudencia, que no tuvo en cuenta los cargos mencionados en el artículo 6º, proporcionó a los términos de la distinción mayor amplitud que la que en principio podía desprenderse de ese precepto. En efecto, frente a los supuestos específicos del artículo 7º (englobados en el término generico de altos cargos), utilizó una terminología genérica y común. Así bajo la expresión DIRECTOR TECNICO o Cargos de Dirección Especializada, la se refirió, genéricamente, a todos aquellos cargos (estuviesen o no enunciados en el artículo 6º de las respectivas Leyes de Contrato de Trabajo), cuyas funciones, aun de dirección, no pudiesen ser calificadas como de alta dirección (6).

Pero lo cierto es que esa distinción (como ya vimos en el Cap. 1º), estaba demasiado influida por la exclusión de la legislación laboral del grupo de los altos cargos; en efecto, fijados así, tan ampliamente, los términos de la distinción (altos

cargos y cargos de dirección especializada o Directores Tecnicos), los elementos o notas de diferenciación utilizados por la jurisprudencia son ciertamente inseguros. Al no haber un criterio estricto, hubo de refugiarse en el genérico de la función propia y específica asignada y realmente ejercida (7).

A partir de este dato, la delimitación entre uno y otro grupo fluctua conforme al criterio interpretativo adoptado respecto al ámbito de la exclusión; cuanto más restrictiva sea la interpretación del artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo (en el sentido de dejar fuera de la legislación laboral el menor número de cargos de dirección posibles), mayor rigor se empleará en el elemento o elementos de delimitación; cuanto más se quiera ampliar el ámbito subjetivo de la exclusión, mayor flexibilidad se utilizará en la configuración del dato o elemento de la distinción. Así, por ejemplo, como veremos, desde la función es frecuente en la jurisprudencia encontrarse con sentencias contradictorias sobre cuál sea la extensión y amplitud de la función directiva desempeñada para que el sujeto que la ejerza sea, bien directivo medio o Director Técnico, en la terminología acuñada por la jurisprudencia, bien Alto Cargo (8).

Con ello la jurisprudencia estaba poniendo de manifiesto indirectamente la arbitrariedad de la exclusión legal de los altos directivos (aun cuando,

cumpliendo la ley, la avalase constantemente) y la inseguridad del dato o datos utilizados para delimitar ambos grupos de directivos. Un criterio como el de la función desempeñada en el ámbito de la empresa puede servir para diferenciar los grupos de directivos, pero no para extraer consecuencias jurídicas diferentes en lo que se refiere a la aplicación o no de la legislación laboral. Por ello, no basta que se afirme constantemente que la función no sólo es el elemento fundamental de distinción sino que es también "la que determina la naturaleza jurídica del pacto, que será laboral si no es rectora de la empresa, sino de trabajo y a lo sumo de dirección especializada, pero siempre dentro del complejo total de la entidad empresarial" (9). Este argumento no resuelve la cuestión principal, a saber, porqué la función rectora de la empresa convierte al pacto en no laboral.

Para salvar la opción legislativa en favor de la exclusión del Derecho del Trabajo de los sujetos incluidos en el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo, la jurisprudencia enlazó el dato de la función con la que entendía nota determinante de la noción de trabajador sujeto de un contrato de trabajo. De ahí que relacionase alta función directiva con la "independencia" en sus diferentes versiones y, en consecuencia, justificase la exclusión de la legislación laboral de aquellos que ejercen funciones de alta dirección, alto gobierno y

alto consejo en cuanto que las mismas, afirmó, "implican independencia en su trabajo, y siendo la nota de dependencia característica esencial del contrato de trabajo, cuando falta no puede calificarse como tal el que vincula al trabajador con la empresa" (10). Cerrando el razonamiento con la consideración de que de esas funciones deriva una autonomía técnica, una autonomía funcional incompatible con la dependencia que exige el contrato de trabajo (11). Autonomía funcional que, "a sensu contrario", parecía que no tienen los cargos que ejercen, genéricamente, funciones de dirección no alta, a los que se califica como sujetos de un contrato de trabajo.

Ante, pues, la falta de definición legal de lo que fuese o hubiese de entenderse por función de alta dirección, alto gobierno o alto consejo, la jurisprudencia delimita la noción en un doble sentido: positivamente, tratando de dar ella un concepto de alta dirección; negativamente, excluyendo del mismo a los sujetos que engloba bajo el término generico de Directores Tecnicos o cargos de dirección especializada (estuvieran o no incluidos expresamente entre los cargos que enumeraban los artículos 6º de la Ley de Contrato de trabajo de 1931 y 1944). Y es que el dato o criterio de nivel utilizado por el legislador (dirección "alta") exige que el ámbito de la exclusión "no se mida exclusivamente atendiendo a

la función en sí misma, sino en relación con las demás personas adscritas a la empresa" (12) que ejercen funciones de dirección no alta.

Esta misma jurisprudencia pone de manifiesto la inutilidad de que el legislador defina el trabajador directivo no alto, ya englobados en la definición genérica del sujeto del contrato de trabajo, con independencia de que el trabajo o servicio a realizar sea o no de dirección.

Sí conviene precisar qué sujetos o cargos de dirección están excluidos de la legislación laboral (cuando en la mayoría de los supuestos se trata de una exclusión constitutiva) y, contando con tal precisión, determinar que sujetos no cumplen las condiciones de exclusión. Se trata, pues, no tanto de listar una serie de cargos excluidos, sino de dar un concepto generico de lo que sea la alta dirección; se aprecia así la inutilidad de la lista ofrecida por el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, a la que, por lo demás, la jurisprudencia atribuyó constantemente a un mero valor ejemplar (13).

A.2.Tripartición

La Ley de Relaciones Laborales de 1976 y el Estatuto de los Trabajadores de 1980 modifican en cierto modo el esquema de sujetos directivos. No

aparecen explícitamente citados como sujetos incluidos en la legislación laboral los directivos no altos, de ahí que hayan de entenderse incluidos en la ámbito del Derecho del Trabajo conforme a la definición genérica de trabajador; por otro lado, y atendiendo al valor del elemento de distinción entre ambos grupos directivos (la función desempeñada), las normas mencionadas, a diferencia de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y de 1944, no atribuyen naturaleza distinta a la relación jurídica con el empresario de uno y otro tipo de directivos. Los dos se consideran sujetos de una relación laboral.

Junto a estos dos grupos (altos directivos y directivos no altos) aparece un tercero; a saber, sin mayores precisiones por el momento, aquellos a quienes la jurisprudencia (en una interpretación amplia de la legislación del momento, que abarca , si bien por razones -al menos aparentemente- diferentes, hasta la entrada en vigor del R.D. 1382/1985, de 1 de agosto) había calificado con el término común del ALTOS CARGOS y hoy siguen estando excluidos tanto de la legislación laboral "común" (artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores) como, a partir del R.D., también del régimen laboral de carácter especial en él previsto.

El nuevo esquema de los grupos de directivos bosquejado por la legislación laboral, así como sus efectos jurídicos, es pronto recogido por la ju-

jurisprudencia, que explica así la distinción: "el personal directivo de las empresas está integrado por: (1) los consejeros o miembros de los órganos de las sociedades titulares de la mismas" [los que vamos a denominar altos cargos no laborales], "excluidos del ámbito del contrato de trabajo" ["común" y especial]; (2) "el personal de alta dirección de aquellas" [o alto cargo laboral en contraposición al anterior], "incluido en las llamadas relaciones laborales de carácter especial...; y (3) el personal directivo superior y medio, ..., que está incluido en el común contrato de trabajo" (14).

Aun cuando admitido este esquema tripartito (15), hubo que esperar a la entrada en vigor del R.D. para que las consecuencias jurídicas consiguientes tengan aplicación efectiva. En efectos, la distinción bipolar, entre Alto Cargo genérico y directivo medio o no alto, durante la vigencia de las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944 y después entre alto cargo no laboral (artículos 2.c) de la L.R.L. 1.3.c), del E.T.) y entre alto cargo laboral o directivo alto en sentido estricto (artículos 3.1.k de la L.R.L. y 2.1.a) del E.T.) y directivo superior o medio (artículo 1º.1 LRL y ET), nace de la ley y, en consecuencia, puede ser efectivamente aplicada por la jurisprudencia, como de hecho ha ocurrido, con mayor o menor acierto, con una interpretación más o menos extensiva de la figura del alto directivo, con más o

menos contradicciones en su razonamiento (vid. Capítulo Primero). Y es que la distinción entre el alto cargo y el bloque del resto de trabajadores directivos se basa en el dato fundamental de la diferente naturaleza jurídica de la relación con el empresario; no laboral en el primer caso, laboral en el segundo.

Ahora bien, la falta de regulación específica de la denominada relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección hasta el R.D. tiene un doble efecto: aun prevista por la L.R.L. y el E.T. la calificación del alto directivo como sujeto de un contrato de trabajo especial, se interpreta por la jurisprudencia que ha de mantenerse excluido de la legislación laboral mientras no se aprueben las disposiciones previstas para la relación laboral especial. De esta forma, en la delimitación entre alto directivo y directivo medio, ambos calificados como sujetos de un contrato de trabajo, se sigue utilizando en esta etapa transitoria el mismo dato o elemento de distinción (la función desempeñada) que en etapas anteriores había servido, no sólo como elemento de diferenciación, sino, también, como nota característica de la ausencia en el alto directivo del presupuesto básico de la relación laboral; con lo que, en esta etapa transitoria, se insiste, no se sabe muy bien si la exclusión de la legislación laboral se produce por la jurisprudencia porque en el

alto directivo falta la nota de dependencia derivada del carácter de la función desempeñada o porque se trata, simplemente, de un problema de derecho transitorio (16).

Y, por lo que respecta a la distinción entre alto directivo y alto cargo no laboral, la exclusión de aquel de la legislación laboral hasta la entrada en vigor del R.D. provoca que la jurisprudencia no se preocupe con tanto interés de diferenciar dentro de la figura del alto cargo el que ejerce, por delegación, los poderes inherentes al empresario, persona física o jurídica, del que los ejerce como titular cuando el empresario es una persona jurídica; nos estamos refiriendo a las personas físicas que encarnan los órganos de administración del empresario persona jurídica. Derivaba el desinterés de que, a diferencia de lo que ocurría antes entre el directivo alto y no alto, ahora no se producían consecuencias jurídicas distintas; a saber, la exclusión o no de la legislación laboral, sino la exclusión en ambos supuestos aunque por razones, al menos aparentemente, diferentes; hasta la LRL porque en ambos casos, se decía, esa relación no era laboral (faltaba la nota de dependencia aun flexibilizada); a partir de la LRL y hasta la entrada en vigor del R.D., aun cuando el legislador ya preveía un régimen diferenciado (alto directivo incluido como sujeto de una relación laboral especial y administrador

excluido de la relación laboral), la falta de regulación específica de aquella produjo la misma consecuencia práctica: exclusión en ambos supuestos de la legislación laboral; exclusión que en esta etapa no se sabe muy bien (17) si se producía porque la relación era laboral especial, aun no regulada específicamente, o porque no podía calificarse como prestación de servicios por cuenta ajena, conforme a la definición de la relación laboral.

B.CONFIGURACION JURIDICA DEL ALTO CARGO NO LABORAL

La distinción entre alto directivo y alto cargo no laboral, como advertíamos, no producía en el pasado efectos jurídicos dispares en lo que a la aplicación o no aplicación del ordenamiento laboral se refiere.

Conviene ahora, en cambio, cuando tales efectos existen, determinar los elementos o datos que, de una u otra forma, delimitan ambos tipos de sujetos directivos, analizar los antecedentes legislativos de la exclusión actual expresa de uno de ellos de la legislación laboral y fijar los criterios que sirvan para determinar la naturaleza jurídica de la relación que le une con el empresario, que es una persona jurídica por hipótesis.

B.1. Evolución de la exclusión.

La delimitación "hacia arriba" del alto directivo o, con otra expresión, entre alto cargo laboral y alto cargo no laboral no se produce hasta fecha recientes por el legislador ni por la jurisprudencia; sin embargo, doctrinalmente cupo, en virtud de la reflexión sobre la dependencia (expuesta en el Capítulo Primero), distinguir estos dos grupos de directivos con bastante anterioridad a la Ley de Relaciones Laborales de 1976.

En efecto, la expresión "altos funcionarios" de la empresa utilizada por normas sobre jornada máxima legal de 1920 y 1931 (artículo 1º de las Ordenes de 15 de enero de 1920 y artículo 2º de la Ley de 1 de julio de 1931) y por la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 (artículo 7º) para excluir a determinados sujetos de la legislación laboral, así como la expresión "funciones de alto gobierno y alto consejo" en la terminología del artículo 7º de la L.C.T. 1944, podían contraponerse a las de "directores y gerentes" y "funciones de alta dirección", a las que también se referían los preceptos mencionados y a las que la jurisprudencia englobó bajo la expresión común ALTA REPRESENTACION, primero, y ALTOS CARGOS, después.

La jurisprudencia establece pronto la base de distinción entre esos dos grupos de sujetos directivos, al señalar los cargos que, junto a los Directores y Gerentes pueden ser calificados de alta

representación y, en segundo término, al determinar qué había de entenderse por alto funcionario de la empresa; así, en el primer sentido, el Tribunal Supremo declara que el Consejero Administrador de una Sociedad, es decir, los miembros del órgano de administración colegiada o miembros del Consejo de Administración del empresario, persona jurídica societaria, están incluidos en la expresión generica Alta Representación y, como tales, forman parte del ámbito subjetivo del artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 (18). En el segundo aspecto, se entendió que el Consejero era un alto funcionario de la empresa en virtud de las "funciones representativas, inspectoras y de administración" que desempeñaba (19).

Esta primera aproximación a la distinción entre los grupos de Altos Cargos influyó en la doctrina y la jurisprudencia posteriores; en efecto, esta última delimitó aun más los cargos excluidos de la legislación laboral, propuestos por el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, aun cuando no apareciesen entre los enumerados en su párrafo segundo; tal enumeración, como pronto advirtió la jurisprudencia, era simplemente "ad exemplum" (20). De esta forma, se afianzaba la distinción al entender que el término "alto consejo" de dicho precepto legal hacía mención, "aunque no exclusivamente, al Consejo de Administración" (21).

La doctrina no coincidió con la jurisprudencia; mientras que ésta se limitó a determinar los supuestos concretos que habían de entenderse incluidos en el ámbito subjetivo del art.7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 sin proponer una caracterización común de los cargos de "alto gobierno y alto consejo" contrapuesta a la de los de "alta dirección", la doctrina se preocupó más de buscar esa delimitación y, en este sentido, en una primera aproximación, se entendió que la primera expresión se refería, genéricamente, a las personas físicas que encarnan los órganos de administración del empresario persona jurídica, revista o no forma jurídica de Sociedad civil o mercantil (22). Sobre esta delimitación genérica y al entender que los cargos de alta dirección no debían estar excluidos de la legislación laboral puesto que, según opinión mayoritaria, cumplían los requisitos para ser calificados como sujetos de un contrato de trabajo, generó una preocupación constante por delimitar, a su vez, los efectos jurídicos de la distinción.

No hay que olvidar que no cabía aplicar régimen jurídico diferenciado, desde el punto de vista del ordenamiento laboral, a uno y otro grupo (ambos estaban excluidos del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo, conforme a la declaración del legislador e interpretación jurisprudencial); sin embargo, la doctrina se preocupó en señalar la importancia de la

distinción, tanto más cuanto que su posición mayoritaria atribuía a los cargos de alta dirección la calificación de trabajadores por cuenta ajena y, como tales, debían ser incluidos en la legislación laboral.

Existe, pues, una divergencia entre doctrina y jurisprudencia; mientras la primera distingue porque otorga efectos jurídicos diferentes, la segunda no se preocupa en distinguir porque otorga efectos jurídicos iguales o porque realmente no encuentra elemento de distinción entre ambos grupos de altos cargos. En efecto si, como hemos advertido, el elemento de diferenciación entre alto cargo y directivo era la función y, en base a la misma, se concluye en la falta del presupuesto de dependencia del primero, este elemento de distinción no puede ser utilizado entre sujetos incluidos en el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo que, según la jurisprudencia, en su conjunto son independientes en su trabajo (23).

No ayuda, pues, la jurisprudencia de esta etapa para que el legislador posterior excluyera expresamente a los que denominamos "altos cargos no laborales"; la exclusión posterior frente a los altos directivos en sentido estricto y los directivos medios, ambos sujetos de un contrato de trabajo (el primero, especial; el segundo, común), responde, a nuestro juicio, a dos causas:

Primera, la diferenciación doctrinal dentro de los altos cargos, atribuyendo consecuencias jurídicas diferentes en lo que a la aplicación del ordenamiento laboral se refiere y, como consecuencia, a la atribución al criterio de la ajenidad, frente a la dependencia, del carácter de elemento determinante de la relación laboral; criterio, en el que (como vimos en el Cap. 1º) al tiempo cabe fundamentar la inclusión del alto directivo en el Derecho del Trabajo y la exclusión de los sujetos que ocupan cargos orgánicos de administración.

Como segunda causa hay que mencionar las normas que trazan el ámbito de aplicación de la Seguridad Social; a lo que nos referimos a continuación.

B.2. Influencia de las normas de Seguridad Social

En la evolución legislativa del ámbito subjetivo de las normas de Seguridad Social ha existido una constante; a saber, la inclusión en el concepto de trabajador a efectos de la Seguridad Social de todos aquellos que materialmente son trabajadores por cuenta ajena, aun cuando no lo sean a los efectos jurídicos del Derecho individual del Trabajo (24).

Así, los Altos Cargos, a los que las normas laborales habían venido excluyendo expresamente del concepto de trabajador, se consideran trabajadores a efectos de su inclusión en las normas sobre Seguridad

Social; lo que la jurisprudencia interpretó ampliamente, entendiendo que comprendía tanto al personal de alta dirección en sentido estricto, como a los sujetos que ocupaban los cargos de administración del empresario, persona jurídica. En efecto, bajo el Régimen de Subsidios Familiares (Ley de 18 de julio de 1938 y Decreto de 20 de octubre de 1938), el Tribunal Supremo entendió que "en modo alguno los Consejeros individual y particularmente y el Consejo que los integra, puede aceptarse que sean la encarnación física de la Compañía, que, en todo caso, sólo corresponde de manera exclusiva a la Junta general...de la que depende directamente el Consejo"; sobre cuya base se considera que la posición jurídica de los Administradores frente a la Sociedad, "más que una relación de mandato, siquiera sea de naturaleza especial, descansa, según se acepta comúnmente por la doctrina, en un verdadero contrato de empleo, pues los Consejeros de Administración entran de lleno en el concepto de trabajadores por cuenta ajena..." (25).

Puede apreciarse que el Tribunal Supremo supera ampliamente la exclusión de los altos cargos del Derecho individual del Trabajo, no a través de una mera asimilación, es decir, afirmando que los Consejeros trabajan materialmente por cuenta ajena, sino, por el contrario, tratando de demostrar que en su trabajo concurren los elementos básicos del objeto del contrato de trabajo; para ello se basa en dos

datos fundamentales. A saber, primero, que el único empresario es la entidad misma, cuya encarnación física corresponde a la Junta de accionista, no a los Organos de Administración; y segundo, que los Consejeros prestan unos servicios que no redundan en su particular y exclusivo beneficio, sino en provecho de la Sociedad...en atención a los cuales perciben...una retribución, que suele señalarse en los Estatutos (26).

Pero esta doctrina se abandona pronto por el Tribunal Supremo, que, posteriormente, y aun cuando mantenga la inclusión de los cargos de administración en el Régimen de Subsidios Familiares, considera que los mismos "no son propiamente trabajadores" (27). Sea como fuere, bien por razón o fundamento jurídico, bien por razones de otro tipo, como pudiera ser "el principio de solidaridad, que impone que dentro del colectivo asegurado formen parte personas de distintos niveles económicos" (28), lo cierto es que esos cargos se mantuvieron incluidos en el Régimen de Subsidios Familiares.

Pero, tal vez fuese la falta de una razón jurídica que explicase la asimilación de los cargos de administración a los trabajadores por cuenta ajena, la que propicia que el legislador posterior incluya obligatoriamente en el Mutualismo Laboral únicamente "a quienes por cuenta ajena desempeñen los altos cargos a que se refiere el artículo 7º de

la Ley de Contrato de Trabajo vigente...en iguales condiciones y con los mismos derechos y obligaciones que los demás trabajadores de la Empresa de que se trate" (artículo 1º del Decreto de 17 de noviembre de 1950; en el mismo sentido, artículo 8º del Reglamento General del Mutualismo Laboral, aprobado por Orden de 10 de septiembre de 1954). Con ello, parece estar afirmándose distinciones dentro de los sujetos comprendidos en el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo bajo la expresión genérica de altos cargos; distinción confirmada, primero por la jurisprudencia (29) y posteriormente por la Ley de Seguridad Social de 1966 y la vigente Ley General de Seguridad Social de 1974, cuyo artículo 61.2.a) declara que (1) estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social..."los que trabajaen por cuenta ajena en los cargos directivos de las Empresas excluidos de la Ley de Contrato de Trabajo"; y que (2) "No estarán comprendidos en esta asimilación quienes ostenten pura y simplemente cargos de Consejeros en las Empresas que adopten forma jurídica de Sociedad" (30).

El precepto citado sugiere varias observaciones; la primera, y aun cuando se mantenga la distinción entre normas de Derecho de Trabajo, propiamente dichas, y normas de Seguridad Social a efectos de la delimitación del ámbito subjetivo del primero o , en expresión de la Jurisprudencia, "la afiliación a uno

u otro Régimen de la Seguridad Social nada dice acerca de la inclusión o no de ese colectivo en el Derecho del Trabajo" (31); aun cuando se mantenga esta distinción, decíamos, lo cierto es que las normas de Seguridad Social utilizaron la distinción de los dos grupos de "altos cargos" con consecuencias diferentes para cada uno de ellos a efectos de la inclusión en los diferentes Regímenes.

Así, se afianza la distinción entre los dos grupos de directivos incluidos en el ámbito subjetivo de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944; a saber, "los que trabajan por cuenta ajena en cargos directivos", respecto de los cuales, vigente esa ley, se produce una inclusión constitutiva en el Régimen General de la Seguridad Social a través de la técnica de la asimilación (32); y "quienes ostenten pura y simplemente cargos de Consejeros...", que se mantienen excluidos del Derecho del Trabajo y del Régimen General de la Seguridad Social puesto que, interpretando a sensu contrario el artículo 61.2.a) de la Ley General de Seguridad Social, no trabajan materialmente por cuenta ajena.

No existió una explicación jurisprudencial clara acerca de la razón de exclusión de los Consejeros lo que, unido a la exclusión de los altos directivos de las normas laborales hasta la entrada en vigor del R.D., permitió una aplicación restrictiva de la exclusión prevista en el precepto citado de Seguridad Social en base a dos elementos: uno, concretado en la

interpretación del termino "Consejero"; otro, relativo a la interpretación de la expresión "puro y simple".

En cuanto al término "consejero", se mantiene la duda de si alude a los miembros del órgano de administración colegiada de la sociedad mercantil, es decir, del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima o, por el contrario, se refiere a los accionistas de esa sociedad. Y es que la jurisprudencia constantemente utiliza el argumento de la personalidad diferente de la sociedad frente a los socios para declarar incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social a los administradores, gerentes y directores que prestan servicios a esa persona jurídica (33).

Si esta es la opción, bien puede afirmarse que la jurisprudencia contencioso-administrativa induce claramente a error, porque ese elemento de distinción (titularidad o no de acciones) nada tiene que ver con el ejercicio de funciones directivas en la empresa societaria, sean o no por cuenta ajena (34).

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la expresión "puros y simples" no se sabe si con ella quiere referirse el legislador exclusivamene a uno de los tipos de administración social (Consejo de Administración) y a uno de los tipos de sociedad mercantil (Sociedad Anónima) o, por el contrario,

quiere referirse a la posibilidad de que el Consejero realice otras actividades en virtud de las cuales pueda estar incluido en el Régimen General de la Seguridad Social. Pues bien, la jurisprudencia ha venido interpretando restrictiva y literalmente ese término, de tal forma que entendía excluidos sólo a los miembros del órgano de administración colegiada de la Sociedad Anónima, no otros cargos de administración (Administrador Unico, Administradores Solidarios o Mancomunados) ya se trate de una Sociedad Anónima o de sociedades mercantiles de otro tipo (35)

Por lo que respecta al Consejo de Administración, y aun cuando se admitiese que el consejero pudiese desempeñar otros cargos directivos y de gestión además del de consejero, la jurisprudencia no aplicó los efectos propios de la concurrencia de trabajos. En efecto, no se separaron ambas calidades, la de consejero y la de trabajador directivo, cada una con sus consecuencias en cuanto a la exclusión o inclusión del ámbito de aplicación de las normas de Seguridad Social; por el contrario, la calidad de consejero es absorbida por ese trabajo realizado, en virtud del cual queda incluido en el Régimen General de la Seguridad Social (36).

Se ha planteado, también, si el Consejero-Delegado ha de estar incluido o no en el régimen General de la Seguridad Social; se ha tratado, en

definitiva, de resolver si el Consejero-Delegado ostenta "pura y simplemente el cargo de Consejero" o, por el contrario, realiza un trabajo directivo por cuenta ajena. Con ello, indirectamente, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha de resolver uno de los supuestos más complicados de delimitación entre los dos grupos de altos cargos, que influirá en la jurisprudencia laboral en orden a la calificación del Consejero-Delegado como un trabajador por cuenta ajena, si bien de carácter especial o como cargo orgánico de administración de la sociedad.

Pues bien, la jurisprudencia contencioso-administrativa no ha mantenido una posición constante en esta materia; en un primer momento, se entendió que el Consejero-Delegado es eso, precisamente, un mero delegado del Consejo de Administración (37) que actúa o ejerce las facultades que corresponden a este y, en consecuencia, ha de estar sometido a la misma normativa que los miembros de dicho Consejo. Pero esta doctrina se ha modificado y en la actualidad se entiende incluido el Consejero-Delegado en el Régimen General de la Seguridad Social porque, conforme a la interpretación del artículo 61.2.a) de la Ley General de la Seguridad Social, no puede entenderse que ostente "pura y simplemente" el cargo de Consejero (38).

Ahora bien, aun admitiendo esa interpretación pues, como veremos, el Consejero-Delegado realiza tareas propias del Consejo de Administración, es

decir, cometidos propios del órgano de administración colegiada, no tareas o cometidos propios de los Consejeros, miembros de ese órgano de administración, la duda planteada, y no despejada por la jurisprudencia, es, precisamente, si el Consejero Delegado cumple el requisito legal para estar incluido en el Régimen General de la Seguridad Social; a saber, si trabaja por cuenta ajena en ese cargo directivo.

La inclusión del Consejero Delegado en el Régimen General de la Seguridad influirá en la interpretación del artículo 3º.1.k) de la Ley de Relaciones Laborales, que utiliza una expresión similar a la del artículo 61.2.a) de la Ley General de Seguridad Social; otra cosa sucederá con el Estatuto de los Trabajadores. De tal forma en esta materia puede afirmarse la clara divergencia entre los ámbitos subjetivos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; divergencia que hoy se percibe entre la jurisprudencia laboral, que interpreta que el Consejero Delegado está excluido de la legislación laboral, y la Jurisprudencia contencioso-administrativa, que sigue entendiéndolo incluido en el ámbito subjetivo del Régimen General de Seguridad Social.

Los datos hasta aquí expuestos de las normas de seguridad social son los que, a nuestro juicio, influyeron en el legislador laboral posterior. Y es

que la distinción de los dos grupos de directivos, aparece expresamente recogida en la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y el Estatuto de los Trabajadores de 1980, como a continuación exponemos.

**B.3. Ambito subjetivo de la exclusión legal.
Delimitación.**

Tratamos ahora de delimitar el ámbito de la exclusión del que venimos denominando genéricamente alto cargo no laboral (o ahora, si se quiere, simplemente alto cargo) de las normas del Derecho del Trabajo; de la Ley de Relaciones Laborales primero, del Estatuto de los Trabajadores, después. No se trata ahora de delimitar el alto cargo laboral frente al alto cargo no laboral (artículos 2º.1.a) y 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, respectivamente), sino, precisamente distinguir (artículos 1º.3.c) y 1º.1. del Estatuto) entre la relación no laboral del alto cargo de la relación laboral genérica, de la que son sujetos conforme a la legislación vigente tanto el alto directivo como el directivo medio o no alto. Base a tener en cuenta para afrontar posteriormente la delimitación del ámbito subjetivo de la relación laboral de carácter especial en aquellos supuestos en los que la distinción con el alto cargo excluido de la legislación laboral se hace más borrosa.

La Ley de Relaciones Laborales, utilizando una

expresión muy similar a la del artículo 61.2.a) de la Ley General de Seguridad Social, declaraba excluida de la legislación laboral (artículo 3º.1.k) "la actividad que se limite, pura y simplemente al desempeño del cargo de Consejero en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad"; y el Estatuto de los Trabajadores, también con redacción similar, pero incluyendo elementos que confunden más que aclaran, dice que no tendrá la consideración de relación laboral "la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo" (artículo 1º.3.c).

La cuestión en este momento es determinar qué elementos de la definición propuesta por el legislador hay que tener en cuenta para diferenciar el supuesto del genérico precepto legal que define la relación laboral o, subjetivando el precepto, el trabajador por cuenta ajena.

B.3.1. Valoración de la delimitación legal de la exclusión

Son varias las observaciones que cabe hacer a las definiciones legales sucesivas de los cargos di-

rectivos excluidos del ámbito del Derecho del Trabajo.

En primer lugar, podría afirmarse que la definición de los preceptos antecedentes del Estatuto de los Trabajadores, era parcial porque no recogían todos aquellos supuestos que bien pueden entenderse hoy incluidos en el ámbito subjetivo del artículo 1º.3 c) del Estatuto. La razón se descubre, a nuestro juicio, con cierta facilidad, si entendemos que el legislador recogió sólo aquel supuesto que, tradicionalmente, ha ocasionado más problemas en orden a su calificación o no como relación no laboral o relación laboral, común o especial (de ahí, que la delimitación legal actual de lo que el alto directivo "laboral" sea se hace, en primer lugar, negativamente, es decir, excluyendo del ámbito del R.D. "la actividad delimitada en el artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores"). De ahí, que la Ley General de Seguridad Social y la Ley de Relaciones Laborales recogiesen exclusivamente el supuesto del desempeño del cargo de CONSEJERO, es decir, miembro del órgano de administración colegiada o miembro del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima, y, en este sentido no cabe hablar, a nuestro juicio, de imprecisión terminológica alguna (39). Y por eso, también, sólo se refieren a que el empresario sea una persona jurídica del tipo SOCIEDAD, por hipótesis, MERCANTIL.

Probablemente lo que se quiere es dar solución a

aquellos supuestos para los que es posible una solución jurídica satisfactoria desde el ordenamiento laboral; en efecto, el legislador quiere romper con la tradicional línea jurisprudencial que negaba la posibilidad de concurrencia (40) de relaciones jurídicas en una misma persona, una mercantil como miembro del Consejo de Administración de una Sociedad, otra laboral, directiva o no. Lo que persigue el legislador, en definitiva, es que el mero y simple consejero, cuya actividad se limita, como tal consejero, a acudir a las reuniones del Consejo de Administración, emitiendo su voto individual como miembro del órgano colegiado, pueda, además, trabajar de otra forma en la empresa social; en este supuesto, sin dejar de estar excluido por su trabajo de consejero, puede estar incluido en la legislación laboral en virtud de ese otro trabajo realizado.

La personificación jurídica del empresario social en sociedad por hipótesis mercantil, también es justificable; aun cuando es posible una interpretación amplia de dichos preceptos en el sentido de que ha de entenderse incluidos todos aquellos supuestos en que el empresario es persona jurídica, adopte la forma que adopte (41), lo cierto es que la realidad ha demostrado que el supuesto con el que, en la generalidad de los casos, ha tenido y tiene que enfrentarse la jurisprudencia para determinar si la relación es o no laboral, es el

de persona integrada en los órganos de administración de una sociedad mercantil, normalmente sociedad anónima, aunque algún caso, menos frecuente, existe sobre sociedad de responsabilidad limitada y sociedad cooperativa. Téngase en cuenta, además, que el Consejo de Administración es una forma de organización del órgano de administración típica de la sociedad anónima.

El equívoco o imprecisión terminológica que, a nuestro juicio, puede achacarse al vigente art.1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores y a sus precedentes está en la expresión "empresas que revistan la forma jurídica...". Sólo el empresario puede ser persona física o persona jurídica y, en este segundo caso, adoptar las diferentes formas que el ordenamiento jurídico permite (ya sea fundación, asociación o sociedad y, en este caso, civil o mercantil en todos sus tipos, capitalitas o personalistas).

La empresa es la objetivación de la actividad empresarial o actividad económica a que el empresario, persona física o jurídica, se dedica, persiga o no ánimo de lucro; el objeto social a que se refiere la Ley de Sociedades Anónimas, por ejemplo.

Precisamente, el Estatuto de los Trabajadores encierra los equívocos mayores, y no sólo terminológicos. Comparte con la Ley General de la

Seguridad Social y la Ley de Relaciones Laborales la imprecisión a que hacíamos mención más arriba; pero añade la ampliación de supuestos excluidos al mencionar genéricamente, junto a la colectiva colegiada, representada por el Consejo de Administración de la Sociedad anónima, otras formas de organización de la administración social. Otra cosa no puede significar la expresión "miembros de los órganos de administración", a que se refiere el precepto. Con ello está afirmando que las personas físicas que forman los órganos de administración del empresario persona jurídica societaria están, genéricamente, excluidos de la legislación laboral, ya esté organizada dicha administración de forma individual (Administrador Unico), colectiva (y en este caso, solidaria o mancomunada) o colectiva colegiada (el Consejo de Administración de la sociedad anónima) (42).

Si la ampliación en sí aclara más que oscurece el panorama de la exclusión, el problema se plantea con agudeza cuando el precepto declara que no en todo caso están excluidos de la legislación laboral, sino exclusivamente cuando en esos órganos de administración, sean cuales sean, se "realizan (sólo) cometidos inherentes a su cargo". Y es que, si bien en una primera aproximación puede afirmarse que el precepto, igual que sus precedentes, está admitiendo que en una misma persona pueden concurrir dos calidades (miembro del órgano de administración y trabajador por cuenta

ajena), la conclusión no es tan sencilla si prestamos atención a los supuestos de administración individual o colectiva no colegiada de una sociedad.

Como veremos, en estos supuestos no es posible admitir la concurrencia de tareas; no es posible admitir que el administrador único, mancomunado o solidario puedan realizar además un trabajo en virtud del cual puedan incluirse en la legislación laboral; estarían en estos casos actuando como empresario y como trabajador, situación esta de autocontratación rechazada por la jurisprudencia [la misma puede incluso implicar claro fraude de ley (43)].

Los equívocos no acaban aquí; si prestamos atención a los artículos 1º.3.c) y 2º.1.a) del Estatuto de los trabajadores y artículo 1º del R.D., la conexión entre trabajo excluido y trabajo incluido como objeto de una relación laboral especial del personal de alta dirección podría quedar del siguiente modo: si el Consejero realiza otros cometidos, que no sean inherentes a su cargo, puede estar incluido en la legislación laboral en virtud de esos otros cometidos o trabajos como sujeto, incluso, de una relación laboral especial de personal de alta dirección, es decir como trabajador alto directivo. Y esta es, precisamente, una de las cuestiones a tratar profundamente, es decir si el Consejero, cuando así lo apruebe el Consejo de Administración, puede desarrollar las funciones o tareas propias del alto

directivo, definidas en el art.1º.2 del R.D. y, en caso afirmativo, si en este caso hay concurrencia de relaciones o, más bien se pasa de una relación a otra.

Referido a la administración no colegiada, los preceptos mencionados también inducen a error porque no es fácil delimitar los supuestos a los que se refieren; así, si los administradores están excluidos de la legislación laboral (común y especial de alta dirección) en cuanto ejerzan exclusivamente las tareas propias de su cargo, falta un precepto que delimite claramente las funciones excluidas (como actividad propia de administración) de las funciones definidas como inherentes al cargo de alto directivo (art.1º.2 del R.D.). La actividad "delimitada en el art.1º.3 c) del Estatuto de los Trabajadores", a que se refiere el citado precepto del R.D., sencillamente no existe en este caso; es, pues, labor de interpretación doctrinal y jurisprudencial que, como veremos, nos llevará a afirmar, no sólo que es imposible hablar de concurrencia de relaciones (excluida una e incluida otra como relación laboral especial) sino, incluso, que dicha actividad es análoga a la del personal de alta dirección cuando el cargo de administración es individual y colectivo no colegiado. Esta es, por cierto, también la posible conclusión en el supuesto del Consejero-Delegado; conclusión a la que tal vez no permitían llegar la Ley General de Seguridad Social y la Ley de Relaciones

Laborales de 1976 en virtud del supuesto exclusivamente recogido en ambas leyes, pero que hoy permite el Estatuto de los Trabajadores en una interpretación nada forzada de su artículo 1º.3.c).

En efecto, si puede afirmarse que el Consejero Delegado no es un simple o mero Consejero, la duda ha resolver es, precisamente, si el mismo es o no "miembro de los órganos de administración" (es decir, es administrador) y, en cuanto tal, realiza "cometidos inherentes a su cargo"; se trata pues de analizar, como paso previo al estudio de los cometidos, si la relación entre el Consejero Delegado con la Sociedad es o no laboral. Solución que depende, a su vez, de la calificación que se otorgue a la relación entre órgano de administración colegiada o Consejo de Administración y el Consejero Delegado.

Con ello estamos afirmando que la diferencia entre el alto cargo no laboral y alto cargo laboral o personal de alta dirección, cuando aquél forma parte de los órganos de administración no colegiada, parte de un presupuesto olvidado por el legislador: la naturaleza jurídica de la relación; si la delimitación entre alto cargo excluido y trabajador por cuenta ajena (común o especial) directivo está en las funciones o cometidos, estaríamos afirmando, primero, que un mismo sujeto puede ser a la vez, empresario y trabajador y, segundo, que en el supuesto de administrador único o solidario o mancomunado, y a

pesar de la declaración de exclusión por el art.1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, se entenderían incluidos como personal de alta dirección utilizando como fundamento de dicha inclusión, precisamente, el elemento que se utiliza por el legislador para mantenerlo excluido, es decir, la función desarrollada.

Por último, otro equívoco que encierra el artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores consiste en la tautología que la definición del supuesto contiene; y es que las expresiones "actividad que se limite pura y simplemente", "mero desempeño del cargo de Consejero" y "siempre que su actividad...sólo comporte" parecen referirse a la misma realidad; con estas expresiones machaconas el legislador quiere enfatizar la razón de la exclusión. En la medida que el miembro del órgano de administración se limita a las tareas de administración se mantendrá fuera de la legislación laboral.

B.3.2. Influencia de la condición de socio en el ámbito subjetivo de la exclusión

No es nuestro propósito en este apartado extendernos sobre la razón de la exclusión del socio del ámbito del Derecho del Trabajo, que está en los diferentes elementos caracterizadores del contrato de

sociedad, de naturaleza asociativa, que liga al socio con la sociedad, civil o mercantil creada, frente al contrato de trabajo, de naturaleza cambiaria. El socio, aporte dinero o industria, no es trabajador por cuenta ajena; su relación no es laboral. Como reiteradamente ha dicho la jurisprudencia, en la relación del socio con la sociedad faltan los elementos fundamentales del contrato de trabajo, a saber, ajenidad y, si se quiere, dependencia (44).

Pero el socio, sin dejar de ser tal, puede realizar algún tipo de trabajo para la sociedad creada, de la que sea partícipe; en estos casos, hay que preguntarse si ese trabajo realizado cualifica de algún modo su relación societaria.

Desde esta perspectiva, si su aportación social consiste en la prestación de un trabajo (así, en el supuesto del socio industrial en las sociedades personalistas), este trabajo quedaría incluido en la relación societaria. El trabajo prestado como aportación no priva al contrato de sociedad de su carácter de tal (45).

Pero, junto a su aportación social, el socio puede prestar un trabajo, directivo o no, para la sociedad. Y, en estos casos, puede hablarse de concurrencia de relaciones jurídicas; una, societaria (derivada de la condición de socio), otra cambiaria civil, mercantil o laboral (derivada del trabajo prestado). En efecto, si atendemos al supuesto de

socio directivo, la inclusión/exclusión del mismo de la relación laboral está en conexión con la naturaleza jurídica del trabajo realizado; dicho de otra forma, su calidad de socio no le impide ser trabajador directivo por cuenta ajena (directivo de régimen laboral común o alto directivo de régimen laboral especial) ni le impide ser alto cargo excluido de la legislación laboral (46). Sólo que en este segundo supuesto hay que preguntarse si la exclusión se debe, precisamente a su cualidad de socio o, más bien, al desempeño de los cargos de administración a que se refiere el artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores.

La jurisprudencia, en una primera etapa no desligó ambas calidades (tampoco desligó las calidades de alto cargo y trabajador por cuenta ajena); de tal forma que no se sabía muy bien si la falta de presupuestos de la relación laboral (ajenidad, retribución y, si se quiere, dependencia) derivaba de su condición previa de socio o, por el contrario, del cargo de administración desempeñado; en definitiva, parecía quedar subsumida la relación civil o mercantil como cargo de administración en la relación societaria previa. Hoy, por el contrario, hay que separar ambas calidades, de tal forma que el socio que, a su vez, es miembro de los órganos de administración del empresario, persona jurídica, estará excluido de la legislación laboral, además de por su calidad de socio, en virtud de este trabajo;

concurren, pues, en una misma persona dos relaciones jurídicas (una societaria, la otra cambiaria civil o mercantil) con sus efectos propios, pero excluyentes, ambas, de la laboralidad.

La compatibilidad o concurrencia en una persona de dos calidades es admitida también cuando el socio, sin dejar de ser tal, realiza un trabajo por cuenta ajena en la empresa societaria (47); entonces, excluido del contrato de trabajo en su calidad de socio, puede estar incluido en la legislación laboral en virtud de su trabajo, como trabajador "común" o como trabajador especial de alta dirección (48); si, cuanto a esto último, realiza las funciones inherentes a tal calidad, conforme a la definición legal de lo que es la alta dirección.

Admitida la concurrencia de calidades (socio y trabajador por cuenta ajena), puede ocurrir que bajo la apariencia formal de un contrato de trabajo (común o especial) se intente encubrir un contrato de sociedad. Habrá que indagar entonces la naturaleza de la relación efectiva entre las partes; ver qué calidad, la de socio o la de trabajador, es la predominante.

Para dar solución a este problema la jurisprudencia ha utilizado determinados indicios en virtud de los cuales es posible determinar la condición predominante; entre otros, la forma de retribución, la dimensión de la actividad, la cuantía

de la participación social, el carácter familiar o no de la sociedad o la dimensión de la empresa (49).

B.4. Caracterización jurídica del alto cargo

Delimitado el ámbito subjetivo de la exclusión prevista en el artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, corresponde ahora indagar la razón o fundamento de dicha exclusión; se trata de cuestionarse si la exclusión es meramente declarativa (derivada de la naturaleza jurídica de su relación con el empresario persona jurídica) o constitutiva (derivada de la voluntad del legislador).

Se ha de indagar pues, si en esa relación jurídica se dan las notas que caracterizan el contrato de trabajo, conforme a la definición de lo que éste es propuesta en el artículo 1º.2 del Estatuto de los Trabajadores; la cuestión es muy importante porque, si la respuesta fuera afirmativa, nos hallaríamos en la actualidad en una fase más de la evolución legislativa, paralela a la producida para el personal laboral de alta dirección en la época de su exclusión de la legislación laboral (nominalmente hasta la Ley de Relaciones Laborales), es decir, ante exclusión constitutiva.

Comencemos con estas observaciones:

En primer lugar, se va a centrar la indagación

en los supuestos que reiteradamente han aparecido en la jurisprudencia laboral, en los que la delimitación del artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores ha partido, en la gran mayoría de los casos, del cargo de administrador o de la condición de socio de una Sociedad Anónima (en algún caso, de sociedad de responsabilidad limitada y sociedad cooperativa). Los cargos de administración aparecen como exclusivos de esos tipos de sociedades mercantiles.

En segundo lugar -y aun cuando no se haga aquí un estudio exhaustivo de las formas de organización del empresario persona jurídica, tarea propia de la doctrina civil y mercantil-, nos es necesaria una exposición, siquiera breve, de esta materia para fijar los presupuestos básicos del estudio principal, a saber, la naturaleza jurídica de la relación que une a los sujetos que forman los órganos de administración de una Sociedad y la Sociedad misma.

Por último, enlazando con lo anterior, aunque indaguemos si esa relación jurídica es o no laboral, si en ella se dan o no se dan los elementos típicos del contrato de trabajo, no podemos obviar las posiciones doctrinales existentes en otro sector del ordenamiento (sobre todo, en Derecho Mercantil) acerca de la naturaleza jurídica de esa relación. Pero ha de advertirse que éste es uno de los temas conflictivos en la doctrina mercantilista; sin entrar en el conflicto, nos limitaremos a la exposición de las varias posiciones.

B.4.1. Actuación de la Sociedad mercantil

Partimos de la base -no absolutamente pacífica (50), de que la sociedad mercantil, en general, y la Sociedad Anónima y Sociedad de Responsabilidad Limitada, en particular, son personas jurídicas conforme al artículo 116 del Código de Comercio: "...una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos".

Constituida, pues, la sociedad, y aun cuando su origen esté en el contrato (contrato de sociedad), estamos en presencia de un "ente jurídico nuevo y distinto de los socios" (51), un sujeto de derecho con capacidad para actuar en el tráfico externo (frente a terceros) y frente a los socios, respecto de los cuales tiene autonomía patrimonial y responsabilidad propia.

Ahora bien, como tal ente ideal que intenta conseguir la finalidad para la que ha sido creada, desarrollando las actividades que constituyen su objeto social, necesita contar con una organización, con unos instrumentos o elementos estructurales a través de los cuales pueda desplegar esas actividades. Así, la Ley de Sociedades Anónimas (Capítulo V), la Ley General de Cooperativas (Capítulo VI) y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Capítulo III) (52) han in-

corporado el concepto de órgano como instrumentos al que se otorga esferas de competencias determinadas, para explicar la actuación de la sociedad.

Pero el legislador mercantil no ha ofrecido un concepto o definición generica de lo que haya de entenderse por Organo, correspondiendo a la doctrina, tanto en el campo del Derecho Público como del Derecho Privado, la elaboración de la que se ha venido denominando Teoría del Organo.

No es necesario ni posible entrar aquí en el estudio detallado de las diferentes posiciones doctrinales en torno a la naturaleza del órgano de la persona jurídica; baste dejar constancia que esas posiciones se han formulado desde el dato básico de la dimensión externa de esa figura, esto es, atendiendo a su actuación frente a terceros y, derivada de la misma, a la responsabilidad de la propia sociedad por los actos ilícitos de las personas físicas que encarnan esos órganos. Desde esta perspectiva, se plantea la cuestión de si es necesario recurrir a la figura del órgano para explicar el alcance de la actuación externa de la persona jurídica, o por el contrario, es suficiente el mecanismo de la representación (53). Aunque, si atendemos a la "dimensión estructural del órgano", a su dimensión interna, puede afirmarse que en el Derecho español privado cabe entender que el órgano es, en formulación de IGLESIAS PRADA, "el propio ente

jurídico observado bajo el prisma de un círculo concreto de funciones para cuyo desarrollo está organizado" (54).

Desde esta perspectiva y distinguiendo esos círculos concretos de funciones o competencias, el legislador mercantil atribuye la denominada genéricamente, y sin mayores precisiones por el momento, actividad de administración a uno de esos instrumentos de actuación; en concreto, al/los órgano/s de administración, cuya estructura u organización depende del tipo de sociedad de las que enumera el Código de Comercio (artículos 122 y 124). Cada sociedad mercantil tiene su propia estructura del órgano administrativo, por lo que a cada una hay que estar para determinar quien lo es.

Centrándonos en el supuesto más frecuente en la jurisprudencia laboral, la estructura legal de la administración de la Sociedad Anónima, conforme al artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil, admite una triple posibilidad para el órgano de administración necesario: Administrador único, varios administradores (actuando mancomunada o solidariamente) y Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros. Junto a ellos, y siempre que sea un Consejo de Administración, aparece la posibilidad de delegación en una Comisión Ejecutiva o en uno o varios Consejeros Delegados (artículo 141.1 de la Ley de Sociedades anónimas); éstos son, sim

mayores precisiones por el momento, órganos facultativos de la Sociedad Anónima.

El problema a resolver, pues, es el de la actuación material de esos órganos de administración porque si atribuimos al órgano la condición de instrumento jurídico o ideal de la persona jurídica, necesitará de personas físicas para materializar la función o actividad que ha de desarrollar.

Como no hay duda de que la sociedad ha de valerse de personas físicas que actúan como titulares de sus órganos, la cuestión a resolver es la calificación de la relación jurídica de estas personas físicas con la Sociedad. Y, en este sentido, varias son las posiciones doctrinales de Derecho Privado, que intentan dar solución a la cuestión planteada.

B.4.2. Posiciones doctrinales en el Derecho Mercantil.

Las diferentes teorías acerca de la naturaleza de la relación entre la persona física que encarna los órganos de administración de una sociedad y la sociedad misma se han elaborado como soluciones diversas a la cuestión previa sobre la imputación jurídica del acto materializado por la persona física.

Cabe optar por una de estas dos soluciones:

Bien admitir que cuando la persona física actúa como titular del órgano de administración, no obra ella jurídicamente -no recibe sobre sí la imputación jurídica de la actuación-, sino la propia persona jurídica, la sociedad, quien recibe, además, las consecuencias jurídicas derivadas de esas actuaciones. Desde este punto de vista la persona física recibe sólo, en terminología empleada por **MINERVINI** (55), la "imputación psicológica" o material de la actuación.

Bien entender que la persona física en su actuación recibe, no sólo la imputación material, sino también la imputación jurídica del acto realizado y la persona jurídica, la sociedad, sólo la consecuencia jurídica de ese acto.

La consecuencia práctica de estas soluciones se refleja en la responsabilidad por actos ilícitos de la persona física; de seguirse la primera solución, la responsabilidad recaerá en la sociedad. Desde la segunda, la persona física será la responsable; ésta es, parece, la solución adoptada por el legislador mercantil, pues conforme al artículo 133 de la Ley de sociedades anónimas, "los administradores responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que desempeñar el cargo".

En torno a estas soluciones posibles acerca de la actuación de los titulares de los órganos, se han formado las diferentes posiciones doctrinales; dos de ellas a las que puede calificarse de extremas y una tercera ecléctica o intermedia.

Posición extrema es la que podemos denominar teoría anticontractualista, que traspasa las consideraciones del órgano al propio titular, persona física, que actúa materialmente la actividad atribuida a dicho órgano. (56). Para esta posición, la persona física que ejerce el cargo de administrador de la sociedad es un órgano social y, en consecuencia, la relación entre administrador y sociedad ha de entenderse como un acto unilateral de proposición y nombramiento.

Frente a ella, existe una segunda posición también extrema; la que, contraponiéndola a la anterior, podemos calificar como Teoría contractualista, para la cual el nombramiento del administrador es un acto contractual. En el seno de esta teoría, según la solución específica que se de al tipo de contrato a aplicar a la relación jurídica entre administradores y sociedad, caben variantes, como se va a ver.

Se ha afirmado, en primer lugar, que la relación es un Mandato. Hay que recordar que el Código de Comercio, en su anterior redacción, (artículo 122.3), concebía a los administradores como mandatarios

amovibles, pero hoy el legislador ni en el Código de Comercio ni en la Ley de Sociedades Anónimas, califica así la relación.

Aún abandonada por el legislador la teoría del mandato, se mantiene, no sin reservas, por algún sector; bien afirmando que la relación jurídica existente entre los titulares del órgano y la sociedad es un "negocio jurídico complejo", integrado por unos elementos peculiares de la relación orgánica y otros propios del mandato (57); bien distinguiendo entre administradores con representación y sin ella, atribuyendo a los primeros la condición de mandatarios (58). Puede ser valorada críticamente esta posición si traemos aquí las consideraciones expuestas en el Capítulo Primero sobre la distinción entre mandato y representación (59). Y es que, sin entrar ahora en la cuestión de si es posible distinguir administradores con o sin representación, este sector doctrinal fija su atención en la actividad de representación que los administradores realizan, en su actuación externa o de tráfico frente a terceros; de ahí que enlazen representación y mandato y califiquen, pues, como mandatarios a los que ocupan cargos de administración en la Sociedad.

En segundo lugar, tampoco ha faltado quien ha calificado dicha relación como un contrato de trabajo -sin explicar, por cierto, si se dan las notas características del mismo- especial de alta dirección

(60); opción ésta basada en el elemento de la función.

Por último, a medio camino entre el mandato y el contrato de trabajo, respecto de los cuales se ha distinguido, hay una posición doctrinal contractualista que ha calificado dicha relación como "contrato típico de administración". En este sentido, **MINERVINI** (61) recuerda la diferencia entre órgano y representante atendiendo al dato básico de la imputación jurídica del acto y, derivado de ella, califica a los administradores como representantes (utilizando el argumento de su responsabilidad directa en caso de actos ilícitos) y al acto de su nombramiento como acto contractual; concluyen por definir el contrato de administración como "el contrato en virtud del cual una parte (el administrador) se obliga a realizar una determinada actividad por cuenta de otra (la sociedad) y, normalmente, ésta última se obliga frente a la primera a pagar una compensación económica".

Junto a las expuestas como teorías extremas en cuanto a la naturaleza jurídica de la relación entre administrador y sociedad, existe una tercera intermedia en cuanto intenta, utilizando datos de ambas, una solución ecléctica.

En respuesta, sobre todo, a la teoría sobre el contrato de administración y advirtiéndole que la diferencia entre representante y órgano no aparece tan

nítida como intentan demostrar sus partidarios, se afirma (62) que la relación entre administrador y sociedad es representativa. Pero, en sentido estricto, no es, ni una representación legal (ya que la determinación de la persona que ha de ostentar esa representación es obra de los interesados, fundadores de la persona jurídica o miembros de ella y no de la ley) ni una representación voluntaria (ya que la persona jurídica necesita el representante para actuar); se trata, más bien, de una representación necesaria, que califican de "representación orgánica", aun cuando éste término haya sido rechazado por algún autor (63).

Expuestas del modo precedente las teorías doctrinales acerca de la naturaleza jurídica entre administradores y sociedad, ha de tenerse en cuenta su influencia en una cuestión que será tratada detenidamente más tarde, a saber, determinación de la naturaleza jurídica de la relación entre órganos delegados, en general, y Consejero Delegado, en particular, y el Consejo de Administración. Cuestión ésta previa para resolver qué naturaleza jurídica ha de atribuirse a la relación entre el Consejero Delegado y la propia Sociedad y, en definitiva, si puede ser considerado como alto directivo laboral.

B.4.3.Respuesta en el Derecho del Trabajo.

Expuestas las posiciones doctrinales en el ámbito del Derecho Mercantil, debemos ahora detenernos en la solución adoptada por la doctrina y jurisprudencia laborales sobre la naturaleza jurídica de la relación entre los administradores y el empresario, persona jurídica. La cuestión a resolver es si a tal relación conviene la calificación de contrato de trabajo.

La respuesta no puede ser la simple de que no es un contrato de trabajo porque está excluida expresamente de la legislación laboral (64) por el artículo 19.3.c) del Estatuto de los Trabajadores (como lo estuvo por el artículo 29.c de la Ley de Relaciones Laborales).

El razonamiento ha de ser, más bien, el contrario, esto es, que la exclusión legal de las personas físicas titulares del órgano de administración del empresario persona jurídica viene impuesta porque no es contrato de trabajo.

Sin embargo, la jurisprudencia laboral no es siempre en esta materia lo clara que debiera. En efecto, en ocasiones no se sabe (65) si la exclusión de los elementos que caracterizan el contrato de trabajo (ajenidad, retribución y, si se quiere, dependencia) se debe a que el administrador

es, a la vez, socio, o a que es, precisamente, miembro de los órganos de administración de la persona jurídica sociedad; de donde deriva que la falta de ajenidad y dependencia no se sepa muy bien si se debe a ser socio o administrador. La argumentación adolece aquí de que, como ya hemos visto, hay que separar las calidades concurrentes (socio y administrador) pues diferente naturaleza tienen sus respectivas relaciones jurídicas (asociativa para el socio, cambiaria para el cargo de administrador).

Otras veces la jurisprudencia obvió la cuestión recurriendo al fácil dato de considerarear que esa función de administración (actividad rectora) está o estaba, más bien, incluida (66) en el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y, por tanto, excluida de la legislación laboral. Este razonamiento, válido hasta la entrada en vigor del R.D.1382/1985, de 1 de agosto, es decir, mientras el alto directivo permaneció excluido de la legislación laboral, no es suficiente desde que el legislador acepta la existencia de directivos "laborales" con contrato especial.

Y esta misma exclusión del alto directivo permitió que en otras ocasiones la jurisprudencia considerase que la exclusión de los sujetos que encarnan los órganos de administración era más por un problema de derecho transitorio (67) que por la falta de requisitos del contrato de trabajo.

Por último, sin intentar agotar las soluciones tradicionales ofrecidas por la jurisprudencia, la razón de la exclusión se ha basado en la especialísima relación de confianza (68). Si en el ámbito subjetivo que trazara el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 se incluyen los cargos de administración del empresario persona jurídica societaria y, en consecuencia, se excluyen de la legislación laboral junto a los cargos que ejercen funciones de "alta dirección", la conclusión de la jurisprudencia es lógica; las razones de la exclusión de esos cargos de administración ha de ser la misma que la de éstos: falta o ausencia de la nota de dependencia y especialísima relación de confianza.

Pero cuando ni una ni otra nota sirven para excluir al alto directivo "laboral" y cuando, además, aparece éste posteriormente incluido, en efecto, en la legislación laboral y el alto cargo permanece excluido, se ha de buscar otro fundamento de la exclusión; y es que, superada ya la etapa transitoria, no es posible afirmar (en relación con esos elementos) que la relación del administrador con la sociedad es mercantil o, en todo caso, relación laboral especial del personal de alta dirección (69).

Y, en efecto, la jurisprudencia ha intentado buscar las razones nuevas de la exclusión de los cargos de administración de la legislación laboral.

Para ello ha utilizado un doble argumento.

Desde la perspectiva laboral, y distinguiendo los sujetos que forman parte de un contrato de trabajo, empresario y trabajador, se ha afirmado (70) que los sujetos titulares de los órganos de administración del empresario social forman parte de su estructura interna, integrándose en los órganos de gobierno, dirección y administración de las sociedades que ostentan la titularidad de las empresas; por tanto, el trabajo o servicios que prestan no es por cuenta ajena ni dependiente. Desde el Derecho del Trabajo, pues, más bien se desenvuelven como empresarios que como trabajadores, de donde deriva que su relación con la sociedad no tenga naturaleza laboral, sino que sea propia del Derecho Mercantil.

A este razonamiento jurisprudencial pueden añadirse datos que el legislador "mercantil" proporciona. A saber, en primer lugar, derivado de la falta de ajenidad, el trabajo de los miembros de los órganos de administración no es, como veremos, esencialmente retribuido (artículo 9º de la Ley de Sociedades Anónimas); en segundo lugar, frente al carácter personalísimo del trabajo objeto del Derecho del Trabajo (en el sentido ahora de trabajo realizado por personas físicas o naturales), se permite que el cargo de administrador se asuma por personas jurídicas (artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil).

Junto a esta caracterización, si se quiere negativa del trabajo de los cargos de administración desde la órbita del Derecho del Trabajo, la jurisprudencia ha intentado también una definición de la naturaleza jurídica de su relación (no laboral) con la sociedad. De entre las teorías mercantiles expuestas, aun cuando es posible encontrar en la jurisprudencia manifestaciones de la teoría de la "representación necesaria" (71), parece haberse optado decididamente por la anticontractualista. La jurisprudencia considera a las personas físicas que ocupan cargos de administración "órganos sociales" o, en su propia expresión, "órganos de la propia sociedad, en virtud de la relación existente entre la sociedad, persona jurídica, y las personas individuales que constituyen sus órganos y mediante las cuales actúa como tal persona, sujeto de derechos y obligaciones, operando en el ámbito del objeto social que le marcan sus Estatutos" (72).

Por su parte la doctrina, partiendo del dato básico de que en esa relación no existe ajenidad, pues el administrador no trabaja por cuenta de otro sujeto, sino que forma parte del sujeto empresario (73), se ha inclinado más por la teoría de la representación necesaria (74) que por la teoría orgánica.

Admitida la exclusión del ámbito del Derecho del

Trabajo de los sujetos titulares de los órganos de administración del empresario social, la cuestión a tratar a continuación es la posibilidad de que esas personas físicas realicen, además, algún otro trabajo en el ámbito de la empresa en virtud del cual puedan estar incluidas en la legislación laboral.

B.4.4. Concurrencia de trabajos.

Las fronteras entre los artículos 1º.1 y 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores no quedarían claras si no profundizáramos más en el contenido de la exclusión legal de los cargos de administración.

Conforme al citado artículo 1º.3.c) la exclusión se produce cuando la actividad se "limite, pura y simplemente, al mero desempeño" de tales cargos o, dicho de otra forma, mientras realicen exclusivamente cometidos inherentes a su cargos. Con ello el legislador indirectamente está afirmando la posibilidad de que los miembros de los órganos de administración pueden realizar otras actividades, además de la propia o "inherente" de administración; se estaría, pues, admitiendo la concurrencia de dos relaciones jurídicas diferentes (la representativa orgánica como administrador; y la laboral, común o especial, en virtud de esos otros trabajos), frente a la posición tradicional en la jurisprudencia que, según hemos visto, afirmaba la primacía de la primera

condición (administrador) frente a la segunda (relación laboral). Esta es la primera cuestión a resolver, a saber, si, a pesar del reconocimiento jurisprudencial actual de la concurrencia de trabajos (75), todos los cargos de administración que el artículo 1º.3.c) encierra (Administrador Unico, administradores mancomunados y solidarios y miembros del Consejo de Administración) pueden realizar otros trabajos en virtud de los cuales, y sin dejar de ser administradores, estarían incluidos en la legislación laboral.

Para ello, hay que distinguir según la estructura de organización empresarial social y los "otros" trabajos que puede ejercer (laboral común y especial).

Si el trabajo concurrente es laboral "común", y el sujeto es miembro del Consejo de Administración, nada impide que realice aquél; primero, porque la aprobación de esa relación depende del Consejo de Administración, del que es un miembro más, evitándose así los problemas derivados de una posible autocontratación; y segundo, porque su actividad como mero y simple consejero (acudir a las reuniones del Consejo y participar en sus deliberaciones) es naturalmente compatible con otra actividad concreta y específica, distinta de la propia de su pertenencia al consejo (76). Se puede, pues, admitir la coincidencia en una misma persona de las dos ca-

lidades de Consejero "puro y simple" y trabajador "común".

La solución es diferente en otros tipos de organización o estructura del órgano de administración. Ya se trate de administrador único o varios administradores que actuen individualmente o dos administradores que actuen conjuntamente, la actividad de administración (la gestión y representación de la sociedad) les corresponde a título personal, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de administración colegiada, donde dicha actividad corresponde al Consejo en sí, no a sus miembros individualmente considerados. Parece en principio extraño que estas personas a las que corresponde la gestión interna y externa de la sociedad puedan dedicarse materialmente a otra actividad que no sea la propia de administración.

Por otro lado, de admitirse, concurrirían en una misma persona las calidades de empresario y trabajador; estaríamos ante una autocontratación quizá con el fin de conseguir los beneficios de su posible inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, conforme al artículo 61.2 de la Ley General de la Seguridad Social (téngase en cuenta que ello no sería necesario, por ejemplo, en materia de retribución, pues conforme a la legislación mercantil el administrador puede ser retribuido). Y, aun cuando pueda objetarse que basta la autorización "ex post"

(ratificación) de esa autocontratación por la Junta de Accionista (77), debemos advertir que las funciones del empresario laboral social son de los órganos de administración, no de la Junta General. El poder de organización y dirección laboral a que se refiere el artículo 1º.1 del Estatuto de los Trabajadores está atribuido a ese órgano de administración.

Si la actividad de administración se atribuye a un administrador único o a administradores mancomunados o solidarios, bien puede afirmarse que en estos supuestos los administradores personifican al empresario laboral social y, en consecuencia, si trabajaran "laboralmente", dependerían de si mismos (78).

Como dijimos, cabe un segundo supuesto de concurrencia de cargos; a saber, miembro de los órganos de administración del artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores y cargo de alta dirección o trabajador especial de alta dirección conforme al artículo 2º.1.a) de la norma citada. Demoramos el estudio de este supuesto a un momento posterior, en concreto cuando analizemos previamente las notas o elementos que los distinguen.

Admitida, pues, la concurrencia en una misma persona de las calidades de consejero puro y simple y trabajador "común" (79), ninguna de ellas

prepondera sobre la otra; frente a la jurisprudencia anterior, según la cual la relación laboral quedaba subsumida en la mercantil, hay que separar las dos calidades concurrentes. Aun cuando el Estatuto de los Trabajadores parece admitir la posibilidad de un doble trabajo, al declarar que la exclusión se produce sólo cuando se realicen exclusivamente funciones o cometidos inherentes a ese cargo, podría interpretarse que si realizan otras funciones o cometidos, dejan los interesados de estar excluidos para pasar a estar incluidos como relación laboral común o especial (dependiendo de esas funciones). Con ello se llegaría a solución contraria a la de la jurisprudencia tradicional; el legislador estaría afirmando indirectamente la preponderancia de la legislación laboral.

La jurisprudencia actual ha salido al paso de esta posible interpretación y, admitiendo la concurrencia de calidades, ha afirmado que "se trata de dos relaciones totalmente diferentes, aunque puedan pervivir conjuntamente ambas" (80). El consejero permanecerá excluido como tal consejero, y estará incluido en virtud de ese otro trabajo.

La concurrencia de trabajos se ha abordado desde la perspectiva en que se sitúa el legislador, a saber, desde el miembro de los órganos de administración que realiza el trabajo laboral; no desde la del trabajador ordinario que sea nombrado o

designado para un cargo de administración (desde el trabajador ordinario al que se "promueve" o "asciende" a administrador, por ejemplo).

La solución, a falta de previsión legal expresa, interpretando "a sensu contrario" el R.D. y el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, podría ser la extinción de la relación laboral, salvo que haya un pacto previo de reserva del puesto de trabajador ordinario. Falta en el Estatuto regla similar a la del artículo 9º del R.D.1382/1985, conforme al cual si el trabajador común es promovido a alto directivo se suspende la relación laboral común, salvo que en contrato de trabajo se pacte la extinción. Sin esta previsión específica para el trabajador común promovido a cargo de administración, la regla ha de ser la contraria, salvo que, en virtud del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, se pacte la suspensión (81).

III.ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA NOCION DE ALTO DIRECTIVO

Conforme al plan expuesto en la introducción de este Cap.3º, la labor a realizar en éste y en el siguiente es analizar los elementos que, de una u otra forma, directa o indirectamente, diferencian el alto directivo del directivo no alto y del directivo "no laboral".

La jurisprudencia ha dicho que el concepto del alto directivo propuesto por el artículo 1º.2 del R.D.1382/1985 de 2 de agosto "no es impreciso" (82), avalando esta opinión en el Dictamen del Consejo de Estado núm.48.026 de 18 de julio de 1985. Sin embargo, en una interpretación conjunta con los artículos 1º.3.c) y 2º.1.a) del Estatuto de los Trabajadores puede dar pie a soluciones diversas, una extensiva, otra más restrictiva. De hecho, los criterios y elementos jurisprudenciales utilizados para delimitar el ámbito subjetivo del R.D. son vacilantes; en efecto, de la definición legal aparentemente clara caben interpretaciones diversas.

Por ello se debe intentar fijar los elementos interpretativos del R.D.1382/1985 para obtener, si fuera posible, mayor seguridad jurídica en la interpretación. Para ello no podemos limitarnos a los elementos que el R.D. propone, ni sin más, a la jurisprudencia actual; téngase en cuenta que ésta sigue usando la doctrina jurisprudencial anterior al R.D.1382/1985 para interpretar éste (83); y que aplicó, como pauta orientadora, el propio R.D. cuando aun no había entrado en vigor (84). Esta doble actuación es la que nos lleva a tener en cuenta aquellos datos, notas o elementos que, aun no siendo hoy los básicos de la noción de alto directivo, siguen sirviendo para delimitar su ámbito y para explicar en qué consiste la especialidad de esta relación laboral y la especialidad (en algunos casos

excepcionalidad) de su régimen jurídico frente al laboral ordinario.

Enlazando con los criterios de la especialidad de la relación laboral del alto directivo frente al régimen laboral ordinario (que es el del directivo no alto) y a los criterios de la laboralidad del alto directivo frente a la no laboralidad del administrador, conviene tener en cuenta que aun cuando la autonomía individual, conforme vimos (Cap.2º), es cuasi-absoluta en el alto directivo, tal carácter refiere a la regulación de la relación jurídica no a la determinación de la naturaleza del vínculo. Pese a la duda que plantea la redacción del artículo 3º del R.D.1382/1985 sobre las fuentes reguladoras de la relación, es la sustancia del contrato celebrado, no la voluntad de las partes ni, menos, el "nomem iuris" que le asignen, la que va a determinar su naturaleza.

Teniendo en cuenta estas observaciones, los elementos que vamos a considerar para delimitar el ámbito subjetivo del R.D.1382/1985 son los siguientes:

1.Elementos subjetivos:

- a.remuneración
- b.confianza especial
- c.representación
- d.capacidad técnico-profesional

2.Elemento formal: cargos a los que se podía atribuir la calificación e importancia de lo previsto en las Reglamentaciones de Trabajo y en los Convenios Colectivos.

3.Elemento objetivo: competencia funcional, enlazada normalmente con la representación y cualificada con el dato de nivel (alta dirección).

IV. HETEROGENEIDAD DE LA CATEGORIA DE ALTO DIRECTIVO. INFLUENCIA DE LOS ELEMENTOS PERSONALES O SUBJETIVOS

A.REMUNERACION: FORMA Y CUANTIA

La remuneración de los servicios del alto directivo es consecuencia de la calificación de su relación con el empresario como contrato de trabajo; es inherente a la ajenidad de su trabajo. De ahí que pese al valor que a la voluntad de las partes atribuye el artículo 3º del R.D.1382/1985, no sea válida la renuncia por el alto directivo a la retribución de sus servicios (85). No es éste, pues, elemento que sirva para distinguir el alto directivo del directivo no alto, ambos trabajadores por cuenta ajena. Sí puede serlo para distinguirlo de quienes ocupan cargos de administración en una Sociedad, cuya relación con el empresario social no es, como ya hemos analizado anteriormente, una relación laboral.

Con independencia de su forma y cuantía, sin remuneración no existe ninguna clase de contrato de trabajo. La cuestión a resolver es si la remuneración es consustancial también al cargo de administrador.

Conforme a los artículos 9º.h) de la Ley de Sociedades Anónimas y 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil, en los estatutos de la sociedad, debe constar el sistema de remuneración de los administradores, "si la tuvieran"; de donde se deduce que el cargo puede ser no retribuido (86).

Por lo mismo que puede faltar, si existe remuneración, ésta no es un salario; no cabe aplicar a la misma, pues, aquellas prescripciones de la legislación laboral sobre el salario en cuanto, por ejemplo, a límite mínimo de cuantía y garantías. Los autores que afirman la existencia de un contrato de trabajo entre la sociedad y los administradores hablan de "salario del obrero" (del administrador), pero, a nuestro juicio, no profundizan en sus afirmaciones (87); cuando, por ejemplo, se sostiene que el "salario" de los administradores "no puede depender de la existencia o no de beneficios" y, en consecuencia, ha de constar de una parte fija. Pero el espíritu de la ley (artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas, que establece la forma de retribución) es distinto, creemos.

Si partimos del dato básico que no estamos ante un contrato de trabajo, se descubre cuál es, si existe, el objeto de la retribución de los adminis-

tradores. La remuneración en el contrato de trabajo compensa la prestación de los servicios objeto del contrato con independencia del resultado económico que el empresario obtenga de esa prestación. En cambio, lo que se retribuye a los administradores no es la prestación de servicios porque la finalidad de esa actividad de administración es la consecución del objeto social; del éxito de la gestión de los administradores depende que el objeto social se cumpla y, en definitiva, si en éste entra, que la sociedad obtenga ganancias; de ahí que nada impida que la retribución de aquellos dependa de la obtención beneficios y que la ley no establezca, si tal es el caso -artículo 130 LSA-, la obligatoriedad de que sea fija una parte de la remuneración.

En definitiva, en este plano la ley mercantil descarta que la relación entre administradores y sociedad sea un contrato de trabajo.

La calificación de la relación entre el alto directivo y el empresario como contrato o relación de trabajo especial parte de un dato básico; a saber, que en ella se dan los elementos característicos contenidos en el artículo 1º.1 del Estatuto de los Trabajadores; uno de ellos, derivado de la ajenidad y del objeto de la relación, es, precisamente, la remuneración o salario. Consustancial a la existencia del contrato de trabajo es que la prestación de servicios sea remunerada por aquel a quien se

prestan, con independencia del resultado que para el empresario derive de ellos.

Con ello afirmamos la esencialidad de la remuneración del alto directivo; elemento que comparte con el directivo no alto. Ambos son sujetos de un contrato de trabajo.

Su naturaleza y existencia aparte, la forma y cuantía de la retribución, como ya dijimos -Cap.1º-, no son elementos determinantes de la calificación de una relación como laboral o no laboral; ni, por tanto, de la exclusión del alto directivo de la legislación laboral.

Incluido ahora en la legislación laboral, como sujeto de un contrato de trabajo, la duda es si esos elementos retributivos son de alguna forma determinantes de la especialidad de la relación frente a la laboral común del directivo no alto. Es claro que, admitida cualquier forma y cuantía de la retribución para que el contrato pueda ser calificado como laboral, no puede admitirse que estos datos sean fundamento de especialidad laboral alguna. Si así fuese, desde la cuantía, habría que preguntarse por la cifra a partir de la cual medir esa especialidad y habría de repararse en que tan especial podría ser al respecto el trabajo del alto directivo como del directivo medio o no alto especialmente cualificado.

Por eso, de ser uno de los elementos determinantes del concepto de trabajador alto directivo para el legislador (artículo 7º de la Ley

de Contrato de Trabajo de 1931) y la jurisprudencia de la época, ha pasado a un simple indicio, no determinante, ni siquiera unido a otros, para la calificación (88). Hoy ni la forma de la retribución ni la cuantía del salario distinguen el cargo de alta dirección del que no lo es (89); aunque exista una nómina y un sueldo, ese trabajador puede ser un trabajador de alta dirección (90); desde la cuantía es paradójico que se califique de altos directivos a trabajadores que no tienen retribución elevada (91).

Con todo, el legislador se ha basado en estos datos para establecer determinadas especialidades en materia de retribución en el régimen jurídico-laboral previsto en el R.D.1382/1985; en efecto, el artículo 15 aplica al salario del alto directivo garantías previstas en el Estatuto de los Trabajadores (inembargabilidad del salario mínimo interprofesional, reglas sobre liquidación y pago y privilegios del crédito salarial). Nada dice expresamente sobre la garantía específica del Fondo de Garantía Salarial, cuestión que analizaremos inmediatamente.

Otra cuestión, desde la forma de retribución, es la valoración de la retribución en especie a la que se refiere el R.D. (artículo 4º.2.c), la posibilidad de participación en beneficios y forma de cálculo de ésta.

A.1.Fondo de Garantía Salarial. Aplicación al alto directivo.

Ya dijimos al estudiar las fuentes (92), que la ausencia de remisión expresa del R.D.1382/1985 al artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores se ha interpretado por la jurisprudencia en el sentido de entender no aplicable al alto directivo esta específica garantía salarial. Esta exclusión, que, según también expusimos, no puede ser suplida por la voluntad de las partes en contrario, se estudia ahora mirando hacia la razón o justificación de la misma.

Desde esta perspectiva, no existe una razón jurídica que justifique la exclusión; puede existir, si se quiere, una justificación socio-económica, que estaría basada en dos elementos. En primer lugar, en la supuesta elevada remuneración del alto directivo, frente a los demás trabajadores que le permite asumir posibles eventualidades ocasionadas, que el Fondo cubre (insolvencia, quiebra, concurso de acreedores, suspensión de pagos del empresario); en segundo lugar, en la función propia del alto directivo, que puede ser la acertada gestión de la actividad empresarial a él confiada. Así, el alto directivo ha de estar vinculado al éxito de esas operaciones y, en consecuencia, ha de soportar las consecuencias del fracaso de su gestión, del que puede derivar, incluso, la propia insolvencia del empresario.

Aun cuando ésto sea así, es decir, aun cuando el

alto directivo esté realmente vinculado al resultado de su gestión (de ahí que al permitirse el desistimiento del empresario, pueda su causa - indiferente para el Derecho- ser el fracaso de la gestión); aun cuando sea así, insistimos, no tiene ello por que traducirse, necesariamente, en la exclusión de una institución jurídico-laboral, cuyo juego la propia norma laboral en la materia, nacional y comunitaria, permite, en un caso, y obliga, en el otro.

En el Derecho Social Europeo la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario se ha articulado en la Directiva 80/987/CEE de 20 de octubre de 1980 (DOCE 28-10-80, núm. L283/23) sobre "aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario".

La Directiva no define quienes sean "trabajadores asalariados", remite para su contenido al derecho nacional (artículo 2º.2) y prevé, (artículo 1º.2), que los Estados miembros puedan excepcionalmente excluir de su ámbito de aplicación a "determinadas categorías de trabajadores asalariados" en atención, por ejemplo, al carácter especial de su contrato de trabajo.

Por tanto, si a las legislaciones nacionales debemos remitirnos para determinar quienes son

trabajadores asalariados, debe considerarse que esta expresión incluye en la legislación laboral española, al alto directivo. Siendo trabajador "especial", debemos indagar si la legislación interna de nuestro país permite que se excluya la aplicación del Fondo de Garantía Salarial y qué valor tendría esa exclusión para la Directiva mencionada.

La Directiva contiene un Anexo que relaciona por países las categorías de trabajadores cuyos créditos pueden excluirse de su ámbito de aplicación; Anexo modificado por la Directiva 87/164/CEE, de 2 de marzo de 1987 (DOCE de 11 de marzo de 1987, núm.L.066), que excluye del ámbito de la Directiva 80/987/CEE, respecto de España, "a los empleados domésticos al servicio de una persona física"; exclusión que ya se había producido por la Disp. adicional del R.D.1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación especial de dichos trabajadores.

Respecto a la primera cuestión -posibilidad que la legislación española excluya la aplicación del Fondo al alto directivo-, el R.D.1382/1985, a diferencia del 1424/1985 sobre de servicio del hogar familiar mencionado, no excluye expresamente al alto directivo. Pero su interpretación jurisprudencial ha permitido, por el contrario, en aplicación del sistema de fuentes establecido en él mismo, mantener dicha exclusión.

El Tribunal Central de Trabajo se planteó el

problema por primera vez en la Sentencia de 5 de mayo de 1987 (Ar.9296), en la que entendió excluido al alto directivo de la protección del Fondo de Garantía Salarial; pero se trataba de litigio al que no era aplicable aún el R.D.1382/1985; vigente ya éste, la jurisprudencia hubo de atender a su regulación específica en materia de garantías del salario y a su sistema de fuentes. Se insiste en que el R.D. nada expresamente establece respecto a la aplicación del Fondo de Garantía Salarial; su artículo 3º declara aplicable el Estatuto de los Trabajadores cuando existan remisiones expresas al mismo entre las cuales, en materia de garantías del salario (artículo 15), no aparece el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores que regula el Fondo de Garantía Salarial.

La posición jurisprudencial inicial al respecto no ha sido unánime; se han mantenido dos interpretaciones, una favorable a la aplicación, otra manteniendo la exclusión.

La solución primera se adoptó por el Tribunal Central de Trabajo en sentencia de 9 de junio de 1987 (Ar.12669), que entendió aplicable el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores al personal de alta dirección; para ello no utilizó una interpretación literal de los artículos 3º y 15 del R.D.1382/1985, sino una interpretación analógica en relación con su artículo 12, "que se remite al mismo Estatuto en todo

cuanto hace referencia a las causas de extincion contractual, entre las cuales se encuentra la que figura en el noveno lugar del artículo 49 [extinción por causas tecnológicas y económicas] de dicho cuerpo legal y se desarrolla en su artículo 51 en relación con el 33.8."

Esta solución, criticada por la doctrina (93), se abandonó pronto por la hoy predominante (94), favorable a la exclusión. La nueva línea jurisprudencial se inició con la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 28 de octubre de 1987 (Ar.23333), en una interpretación sistemática de los artículos 33 del Estatuto de los Trabajadores, 11 y 13 del R.D.505/1985, de 6 de marzo, sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial y 15 del R.D. de alta dirección.

La posibilidad de exclusión, que hoy mantiene la jurisprudencia, tiene su origen en el R.D.505/1985, citado; en efecto, según su artículo 13 "podrán percibir las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial todos los trabajadores vinculados por relación laboral a alguno de los empresarios enumerados en el artículo 11". Este precepto señala los empresarios que están obligados a cotizar al Fondo y, entre ellos, menciona a los "...que tengan a su servicio trabajadores por cualquiera de las relaciones de carácter especial [...] distintas de las mencionadas en los apartados b) (deportistas

profesionales) y c) (representantes de comercio) del número anterior", que "vendrán obligados a cotizar desde el momento en que así lo dispongan las normas reguladoras de aquéllas". En definitiva, salvo los deportistas profesionales y representantes de comercio [que se declaran expresamente incluidos en el ámbito de protección del Fondo, conforme al artículo 11.1.b) y d) del citado reglamento], para el resto de los trabajadores sujetos de un contrato de trabajo especial, en principio excluidos, entre ellos el alto directivo, la inclusión depende, si acaso, de lo que dispongan los respectivos Decretos reguladores de su relación.

Esta forma de delimitación del ámbito subjetivo de aplicación del Fondo produjo ciertas dudas en la doctrina; así se afirmó que el R.D.505/1985 invadía el ámbito reservado a la ley, ya que más que desarrollar el precepto legal (artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores), lo interpretaba, distinguiendo supuestos que dicho precepto no distingue (95). Y se dijo que el artículo 11.2 contiene una delegación al poder reglamentario desde el mismo órgano que lo detenta, en cuanto atribuye al Gobierno la facultad de determinar que trabajadores especiales van a quedar protegidos por el Fondo y cuales no.

En conclusión, para la doctrina hubiese sido menos problemático hacer la delimitación subjetiva en

la propia ley del Estatuto de los Trabajadores.

La facultad delegada al Gobierno no supuso que todos los Decretos reguladores de las relaciones laborales especiales estableciesen expresamente, la inclusión ni la exclusión de los respectivos trabajadores de la protección del Fondo. Es aquí donde hay que enlazar con el sistema de fuentes diseñado por los Decretos y con su interpretación jurisprudencial.

Teniendo en cuenta las diferentes ^{soluciones} de Derecho Supletorio que establecen los Decretos, en los que aparece el Estatuto de los Trabajadores y resto de normas laborales como aplicables en defecto de su regulación específica, era necesaria una cláusula expresa de exclusión de la protección del Fondo; que, de lo contrario, existiría en virtud de la remisión a las normas laborales como supletorias. Tal ocurre para los servidores domésticos, cuyo decreto excluye expresamente la aplicación del Estatuto de los Trabajadores.

Por el contrario, para el R.D.1382/1985 son derechos supletorios el civil y el mercantil; si a ello añadimos que el Estatuto de los Trabajadores sólo es aplicable a la relación laboral especial de alta dirección cuando a él remite expresamente el propio R.D., no sería necesaria una exclusión expresa de la aplicación del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores para que el mismo no se aplique; es

suficiente que el precepto citado no aparezca entre los expresamente remitidos para que se entienda no aplicable al alto directivo.

Conforme a esta interpretación del sistema normativo interno español, es cuando menos dudoso que el trabajador doméstico no pueda percibir las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial porque su Decreto regulador las excluya expresamente y que el alto directivo tampoco tenga derecho a ellas, pese a la inexistencia de exclusión expresa. Aquí es donde hay que enlazar con las Directivas Comunitarias y su valor o eficacia en el ordenamiento jurídico español.

Desde ellas (y teniendo en cuenta que desde el 1 de enero de 1986 -el mismo día que entraron en vigor los Decretos de alta dirección y de servicio doméstico conforme a sus respectivas Disposiciones Finales- es aplicable en España la Directiva 80/987/CEE), parece existir una colisión entre el Derecho interno y el Comunitario, en el supuesto de servidores domésticos producida por la propia norma laboral interna y en el de altos directivos derivada de la interpretación jurisprudencial.

En el caso de trabajadores del hogar familiar la cuestión se ha resuelto con la modificación del Anexo de la Directiva 80/987 por la Directiva 87/164, que excluyó del ámbito de la primera, respecto de España, a los "empleados domésticos al servicio de una persona física". No existe, por el contrario,

exclusión alguna respecto a los altos directivos, "ergo" "puede y debe mantenerse que en nuestro ordenamiento al personal de alta dirección le es aplicable el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores " (96). Esta fue precisamente la posición adoptada por determinados Tribunales Superiores de Justicia; concretamente, TSJ de la Rioja, Sala de lo Social, sentencia de 27 de marzo de 1990 (97) y TSJ de Baleares, Sala de lo Social, sentencia de 4 de octubre de 1990 (98); en ambas se analiza la eficacia jurídica de una directiva -en concreto, su efecto directo y primacía sobre los derechos nacionales- y se aplica directamente la Directiva 80/987/CEE frente a las normas internas (artículos 11.2 del R.D. 506/1985 que permite la exclusión del alto directivo de la protección del Fondo de Garantía Salarial y 15 del R.D.1385/1985 que indirectamente la lleva a cabo). Posición jurisprudencial que se refuerza, si cabe, teniendo en cuenta que la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Asuntos Exteriores de 10 de septiembre de 1990 (BOE de 28 de septiembre de 1990) -por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros que dicta instrucciones a determinados órganos de la Administración Pública para acelerar el procedimiento de elaboración de normas que transponen Directivas comunitarias- incorpora un anejo final referido a las concretas "Directivas con plazo vencido que plantean especiales dificultades para su transposición", entre

las que figura la Directiva 80/987/CEE citada.

A.2.Forma de retribución

El R.D.1382/1985, dispone que deberá constar en el contrato del alto directivo "la retribución convenida, con especificación de sus distintas partidas, en metálico o especie".

El salario es, pues, el que las partes fijen, salvado el mínimo que supone el Salario mínimo interprofesional. Si la retribución del alto directivo goza de la garantía establecida en el artículo 27.2 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, que el Salario Mínimo Interprofesional es inembargable, ha de interpretarse en el sentido que esa ha de ser, como mínimo, la cuantía de su retribución.

Sobre la forma de retribución nada se especifica, salvo que las diferentes partidas en metálico o en especie han de constar en el contrato.

Nada dice sobre una forma de retribución que puede ser normal para el alto directivo; nos referimos a la posibilidad de que el salario se fije, en todo o en parte, por los beneficios que pueda obtener el empresario.

Ya expusimos que el alto directivo no es totalmente ajeno a los beneficios o pérdidas que el

empresario obtenga; no se debe olvidar que sus funciones están ligadas con su gestión de la empresa, por lo que no será extraño que se haga partícipe de los beneficios conseguidos como incentivo a esa gestión.

En relación con los beneficios del empresario, pueden darse diferentes supuestos (99). El el salario del alto directivo fijado según los beneficios del empresario, supuesto no estamos ante una real participación en beneficios, sino ante un salario puro y simple; o puede garantizarse al alto directivo un salario mínimo y ser la participación en beneficios un incentivo o prima.

Es una autentica participación en los beneficios si éstos se reducen, precisamente, en la cuantía atribuida a este trabajador; en este supuesto, pues, el salario del alto directivo está influido por los beneficios. El problema se acrecienta si la retribución depende, no sólo en su cuantía, sino en su propia existencia de que haya beneficios, no pagándose cuando hay pérdidas. En este caso bien pudiera afirmarse que el contrato de alto directivo está encubriendo realmente un contrato de sociedad, en el que desaparece la ajenidad en su doble vertiente de ajenidad en los frutos y ajenidad en los riesgos.

Nos enfrentamos, pues, en este supuesto con la diferencia entre contrato de sociedad y contrato de trabajo, que en el alto directivo se acentua si

tenemos en cuenta que es frecuente en la jurisprudencia la concurrencia en una misma persona de socio de sociedad y trabajador de alta dirección en la empresa societaria; y si bien se ha afirmado constantemente que el contrato de trabajo es compatible con la condición de socio, ha de analizarse si bajo la denominación de alto directivo no se está encubriendo la condición de socio, incluso de socio mayoritario.

Respecto de la forma de cálculo de los beneficios, de los que se extrae el salario del alto directivo, es éste uno de los numerosos temas que se dejan a la libre voluntad de la partes, y si nada preveen, a la legislación civil o mercantil, pocos significativos al respecto.

B. ESPECIAL RELACION DE CONFIANZA

Ya expusimos en el Capítulo 1º al estudiar la causa o causas de exclusión del alto directivo de la legislación laboral, que ésta se había basado en la falta de dependencia en su trabajo o, al menos, en la ausencia de algún o alguno de los indicios en que la misma puede exteriorizarse.

La doctrina reaccionó contra esa posición afirmando que el personal de alta dirección debía estar incluido en el ámbito subjetivo del Derecho del

Trabajo y, en consecuencia, había de interpretarse el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 en términos de excepción, o lo que es lo mismo, que dicho precepto legal establecía una exclusión constitutiva. En opinión de la doctrina mayoritaria, en la prestación de servicios del alto directivo se dan los requisitos del contrato de trabajo (ajenidad, remuneración, voluntariedad y, si se quiere, dependencia) y, por tanto, había que buscar otros criterios posibles para la excepción legal. Para unos ese criterio era meramente económico (DE LA VILLA) y para otros (ALONSO OLEA) la especial relación de confianza que unía al empresario y al personal de alta dirección en el trabajo por éste prestado y que hacía de difícil aplicación las normas sobre el contrato de trabajo.

Esta esta segunda posición doctrinal influyó en la jurisprudencia de la segunda etapa de la evolución a que hacíamos referencia en el Capít.1º en un doble sentido. En primer lugar, flexibilizando la dependencia para mantener excluidos de la legislación laboral el menor número de cargos de dirección posibles; y, en segundo lugar, y ante las contradicciones que encerraba el elemento de la dependencia, buscando otro criterio justificativo de la exclusión del alto directivo. Y este criterio fue la especial relación de confianza, que, a juicio de la jurisprudencia, impregna totalmente la base del

negocio (100).

Para la jurisprudencia, pues, el alto directivo es un cargo de confianza (101).

Ahora bien, si se tiene en cuenta que la exclusión del alto directivo lo era del ámbito subjetivo de la legislación laboral, puede entenderse la dificultad de un razonamiento que se convierte claramente en contradictorio; en efecto, el criterio jurisprudencial de la ausencia de la dependencia partía del dato básico de que la misma era elemento característico de la relación laboral. Al utilizar el dato de la especial confianza, la crítica adquiere un doble significado; en primer lugar, que la exclusión del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo sólo puede basarse en la ausencia de elementos determinantes de la relación laboral y no en de los que no sean exclusivos de ella. Además, es paradójico que se utilice el criterio de la especial confianza para justificar la exclusión cuando del contrato de trabajo, en general, se afirma que existe esa especial buena fe y confianza. Este es el elemento en uso del cual la jurisprudencia puede hacer una interpretación más o menos restrictiva del ámbito subjetivo de la exclusión al no explicar en qué consistía la especialísima confianza de alto directivo frente a la confianza, de por sí especial, que encierra la relación laboral; por tanto, se dejaba a la plena discreción subjetiva del propio em-

presario su apreciación.

En segundo lugar, la valoración de la especial confianza puede hacerse también atendiendo al planteamiento legal actual de inclusión del alto directivo en la legislación laboral como trabajador especial. Desde esta perspectiva, mal se entiende que ese elemento haya podido ser antes dato fundamental de la exclusión de la legislación laboral y ahora elemento de la configuración actual de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Si, conforme al artículo 2º del R.D.1382/1985, el fundamento legal de la especialidad de esta relación laboral es "...la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe", o dicho de otra forma, si para el legislador la razón de la especialidad de dicha relación no está tanto en el criterio o elemento objetivo de las funciones desempeñadas por el alto directivo como en el subjetivo de la recíproca confianza, mal pueden distinguirse los diferentes grupos de directivos, como a continuación se intenta argumentar.

**B.1. "Cargos de confianza" y alto directivo.
Delimitación.**

Si miramos la delimitación "hacia arriba" del alto directivo, la legislación mercantil ofrece elementos suficientes para calificar a los miembros de los órganos de administración de una sociedad como "cargos de confianza". Entre ellos baste destacar aquí los siguientes: el administrador ha de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal y ha de guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial (artículo 127 de la L.S.A.); su nombramiento es un acto unilateral de proposición; su cargo es temporal (artículo 126 L.S.A.); y, lo más importante, la separación del cargo podrá ser acordada en cualquier momento por libre decisión de la junta general (artículo 131 L.S.A.), es decir, el cargo de administrador es revocable "ad nutum" sin indemnización, salvo, claro está, que se pacte por las partes.

Pero, y éste sería el contrasentido derivado de la calificación como cargo de confianza, a diferencia del alto directivo, los administradores de una sociedad permanecen hoy excluidos de la legislación laboral conforme a lo dispuesto en el artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores. Se pone así de manifiesto en primer lugar, que la razón de su exclusión no está en la relación de especial

confianza entre el administrador y la sociedad (102) -porque de ser así, no se entiende que el alto directivo no se mantenga hoy también excluído-; y, en segundo lugar, que ese elemento no puede ser el determinante de la inclusión del alto directivo en la legislación laboral -porque de ser así, los miembros de los órganos de administración de una sociedad tendrían que estar también incluidos.

Si atendemos ahora a la delimitación "hacia abajo" del alto directivo, es decir, a su distinción del personal directivo no alto o trabajador directivo de "régimen común", hay trabajadores sujetos de una relación laboral común u ordinaria -normalmente intelectuales y altamente cualificados con algún mando en la empresa- a los que puede atribuirse la condición de "cargos de confianza" o "cargos de alto nivel" de dudoso encuadre en la relación laboral especial del personal de alta dirección. Nos referimos a quienes que, sin dejar de ser trabajadores comunes (por tanto, no sujetos de una relación laboral de alta dirección), son libremente designados y destituidos por el empresario del ejercicio de esos cargos.

Esta cuestión se ha planteado respecto de determinados cargos "marítimos" (Capitanes de buque, Patrones de pesca y Jefe de Máquinas, entre otros) en virtud de lo dispuesto en diferentes Ordenanzas laborales.

Se entendió por la jurisprudencia que los Capitanes, Pilotos, Patrones con mando de buque, Contramaestres de pesca y Jefe del Departamento de Máquinas son "cargos de confianza" (103) y, en consecuencia, "el naviero o armador podrá libremente disponer el cese de aquéllos, con derecho, por parte de los mismos, a reintegrarse al cargo que dentro de la empresa viniesen desempeñando con anterioridad a su designación", según disponen diversas Ordenanzas de Trabajo para la Pesca Marítima (104).

El problema, pues, se plantea, no cuando existe ese puesto anterior, sino cuando, al ser designado para alguno de esos cargos, falta una vinculación anterior con la empresa y es cesado del cargo; en este caso, y ante el silencio al respecto de la Ordenanzas citadas, estaríamos ante una resolución "ad nutum" del contrato sin derecho a indemnización de los perjuicios ocasionados al trabajador, salvo, claro está, que otra cosa hayan individual o colectivamente pactado.

Y, precisamente, al ser esta solución contraria al sistema general de despido o resolución unilateral del contrato por el empresario en nuestro ordenamiento, los tribunales, constitucional y ordinarios, han intentado resolver ese problema optando entre las dos vías que proporciona la legislación laboral; bien el sistema de despido causal de la legislación laboral "común", bien la resolución "ad nutum" de la legislación laboral "es-

pecial" de alta dirección. Se trata, en definitiva, de determinar si esos "cargos de confianza" son -aun cuando calificados como tales- trabajadores "comunes" o si, precisamente, por desempeñar el cargo de confianza, son trabajadores "especiales" de alta dirección, caso éste en que habría que aplicar a ese colectivo la solución prevista por el R.D.1382/1985 para el desistimiento "ad nutum" del empresario, es decir, resolución indemnizada de su artículo 11.1.

Ahora bien, una cosa es que esos cargos sean de confianza, y otra muy distinta que sean altos directivos; y, si no lo son, [evidentemente no lo es el Jefe de Máquinas ni, aunque no tan remotamente como éstos, los Capitanes y Patrones], no puede aplicarse analógicamente una norma que, aun cuando resuelva esa situación de desigualdad, está prevista para un supuesto de hecho -calificación previa del cargo como alta dirección- que no guarda identidad de razón con el que se pretende resolver.

Por otro lado, aún afirmando que todos los colectivos integrantes del grupo de personas con puesto de mando en buques son cargos de confianza, se han formado diferentes subgrupos a los que se atribuye calificación jurídica distinta y, en consecuencia, solución también distinta en el supuesto de que el armador dispona libremente su cese cuando falta vinculación anterior con la empresa.

Así se ha diferenciado el subgrupo de Jefes de

Máquinas del resto de colectivos de mando y aun cuando se mantenga su condición de cargo de confianza se han arbitrado soluciones divergentes por la jurisprudencia constitucional y la ordinaria. El Tribunal Constitucional entiende aplicable al Jefe de Máquinas el artículo 11.1 del R.D.1382/1985; es, pues, para él alto directivo (105). Para la jurisprudencia ordinaria es un trabajador directivo de régimen común (106) y, por tanto, sujeto a las previsiones que en materia de despido establece el Estatuto de los Trabajadores. En uno u otro caso, y con soluciones discrepantes, ambos tribunales se erigen en legisladores (107) y, tal vez lo que interese ahora desde la perspectiva estudiada, los cargos de confianza en general, y particularmente el Jefe de Máquinas, pueden ser altos directivos y directivos no altos.

El otro subgrupo estaría formado por los Capitanes, Patronos y Contramaestres de buques, respecto de los cuales, manteniendo también que se trata de cargos de confianza, tampoco existe una posición jurisprudencial única en cuanto a su calificación como trabajador de régimen común o como alto directivo (108). Si la interpretación analógica de la propia jurisprudencia se mantuviese, cabría una solución y la otra; el capitán y el patrón de buque pueden asimilarse tanto al trabajador común como al alto directivo.

Con todo, la jurisprudencia actual parece querer dejar zanjada la cuestión afirmando rotundamente que esos cargos son altos directivos; para ello abandona el criterio contradictorio de la especial confianza y utiliza el de la función desempeñada (109); pero para poder sostener su afirmación sobre esta base interpreta extensivamente la descripción legal del artículo 1º.2 del R.D.1382/1982. Criterio interpretativo éste que no se ve bien si va a ser utilizado en la generalidad de los casos o sólo en supuestos específicos de difícil calificación, como los de capitanes y patrones porque, como veremos, no existe jurisprudencia consolidada en cuanto al criterio interpretativo a utilizar para determinar el ámbito subjetivo de la relación laboral especial de alta dirección.

Y, aun cuando éste no sea el lugar adecuado para analizar el criterio objetivo de la función desempeñada por el alto directivo (al que dedicaremos especial atención más adelante), para los casos que se están ahora viendo hay que tener en cuenta que una cosa es que el capitán o patrón de buque tenga atribuida la representación jurídica del armador, ejerza amplias facultades de gobierno del buque y, en función de las mismas, sea cargo de representación y confianza, y otra distinta que esas funciones sean las propias del alto directivo, aun cuando este último sea también cargo de representación y confianza.

Si alguna conclusión pudiera extraerse de las cuestiones planteadas, bien pudiera afirmarse que el elemento de la especialísima confianza habría de entenderse, no como fundamento de la especialidad de la relación laboral del alto directivo, aun cuando así lo afirme el legislador, sino fundamento del régimen jurídico especial establecido en el R.D.1382/1985; o, dicho de otra forma, no es elemento que distinga al alto directivo del alto cargo no laboral y del directivo no alto o de régimen laboral común. Otra cosa es que esa confianza se entienda derivada de la función desempeñada por el alto directivo; éste sí, parece, elemento determinante de la especialidad del alto directivo en cuanto son los poderes empresariales los conferidos al alto directivo. Y de ahí, pues, que el legislador haya derivado de ese elemento determinadas especialidades en el régimen jurídico del alto directivo, como pueden ser: pacto de exclusividad y pacto de no competencia, extinción por voluntad del alto directivo si cambia la titularidad de la empresa, y, lo más importante, desistimiento "ad nutum" del empresario.

B.2.Especialidades en el régimen jurídico del alto directivo derivadas de la especial confianza.

El carácter de recíproca confianza atribuido al contrato del alto directivo se refleja en numerosos supuestos de la regulación contenida en el R.D.1382/1985, de 1 de agosto, que, según hemos analizado ampliamente en el Capítulo Segundo, remite frecuentemente a la voluntad de las partes; contiene especialidades frente a las normas comunes del contrato de trabajo, que se entienden de difícil aplicación al alto directivo; y, por último, excluye la aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores. Consideraciones éstas que nos llevaron a afirmar, en su momento, que el régimen jurídico del contrato del alto directivo es de Derecho común con mínimas pinceladas laborales.

Analizadas ya la aplicación del principio de autonomía de la voluntad de las partes y la cuestión del derecho supletorio en esta relación laboral especial, debemos estudiar ahora la aplicación efectiva del fundamento legal de la recíproca confianza, o, dicho de otra forma, la manifestación o reflejo de esa recíproca confianza y especialísima buena fe en supuestos específicos de la regulación contenida en el reglamento de alta dirección.

B.2.1..Temporalidad del vínculo y supuesto pacto de permanencia.

Dejada por el R.D.1382/1985 a la "plena libertad de las partes" queda la duración del contrato; conforme a su artículo 6º: "el contrato especial de trabajo tendrá la duración que las partes acuerden".

El carácter cuasi-absoluto de la autonomía privada individual en esta relación laboral especial se manifiesta también en esta materia concreta. La duración del contrato del alto directivo no está sometida a la restricción del Estatuto de los Trabajadores, que autoriza contratos de trabajo por tiempo limitado sólo en los supuestos que él prevé (contratación temporal "estructural" y para fomento del empleo; artículos 15.1 y 17.3, respectivamente); por el contrario, la cláusula de duración determinada del contrato de alto directivo no está sometida a restricción alguna. De ahí que la libertad de las partes se manifieste también en el contenido que puede tener el contrato de duración determinada en esta relación laboral; conforme al artículo 1583 del Código Civil, puede ser por tiempo cierto (expreso o tácito) o por tiempo incierto ("para una obra determinada").

Lo expuesto parece contradecir la presunción de indefinición del contrato que establece el artículo 6º para cuando no haya pacto escrito que expresamente

fije la duración. Pero, a nuestro juicio, ésto lejos de significar rectificación de la posición adoptada, viene a confirmarla; en efecto, lo que este precepto pretende es resaltar el carácter "ad probationem" de la forma escrita, conforme a la regla general de libertad de forma en la contratación consagrada en nuestro Derecho -artículo 1278 del Código Civil-: "los contratos será obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado...". De acuerdo con esta regla general y, con la particular del R.D.1382/1985, han de interpretarse los preceptos sobre la forma de este contrato; así como la "ausencia de pacto escrito" no obsta a la existencia del contrato (artículo 4º) porque admite prueba de la naturaleza laboral especial del mismo (110), la falta de pacto expreso escrito de duración determinada tampoco obsta a la temporalidad del vínculo porque admite también la prueba en contrario de su naturaleza temporal. Por tanto, presunción sólo "iuris tantum" de la indefinición, conforme a la regla general que establece el artículo 1251 del Código Civil ("las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba").

La temporalidad del contrato se manifiesta no sólo en la total libertad de las partes para fijar la duración, sino también en la posibilidad de libre

dimisión de ambas partes, empresario y alto directivo (artículos 11.1 y 10.1 del R.D.1382/1985, respectivamente) sea cual sea la duración pactada del contrato; se trata, en definitiva, que las partes se vinculen durante el tiempo que ellas estimen conveniente, sin tener que esperar, siquiera, a la terminación del plazo estipulado en el contrato. De ahí, también, que el supuesto pacto de permanencia tenga carácter excepcional en el R.D.1382/1985 y, lo que tal vez sea más importante, no impida que durante el mismo el contrato se extinga por voluntad de cualquiera de las partes.

Respecto de este pacto de permanencia, el artículo 8º.2 establece: "cuando el alto directivo haya recibido una especialización profesional con cargo a la Empresa durante un período de duración determinada, podrá pactarse que el empresario tenga derecho a una indemnización por daños y perjuicios si aquél abandona el trabajo antes del término fijado".

Bajo este pacto de permanencia -frente a la redacción del artículo 21.4 del Estatuto de los Trabajadores ["podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo"]- el precepto del R.D. lo que establece es una excepción a la regla general de desistimiento no indemnizable del alto directivo, regulado en el artículo 10.1. Lo que el precepto quiere expresar no es que el alto directivo renuncie (111) al

"abandono" del trabajo durante un período determinado, sino lo siguiente: si durante un tiempo determinado [el que las partes acuerden] el alto directivo recibe una especialización profesional a cargo de la empresa, el desistimiento de aquel antes del término fijado da derecho al empresario a una indemnización [unida a la posible por falta de preaviso] por daños y perjuicios, siempre que así se haya pactado previamente; pacto éste que, además de establecer el derecho del empresario a esa indemnización, podrá fijar su cuantía específica, ya que sobre la misma nada dice el R.D.1382/1985, dejándola a la libre voluntad de las partes.

A esta indemnización no tendrá derecho el empresario (aun cuando se haya pactado), si el alto directivo resuelve el contrato durante el período de especialización profesional basándose en alguna de las justas causas que fundamentan la resolución por su voluntad, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.3.

Si se tratase de un auténtico pacto de permanencia, su regulación devendría claramente restrictiva atendiendo al fundamento legal de esta especial relación laboral; falta, a nuestro juicio, el carácter bilateral que ha de tener todo pacto. Por lo mismo que el alto directivo ha de indemnizar si dimite antes del término fijado, la propia temporalidad del contrato de alto directivo, la

libertad de dimisión en el mismo y la especial confianza, exigirían también una indemnización adicional por daños y perjuicios para el alto directivo, si el empresario durante el transcurso del pactado período de especialización profesional decidiera extinguir "ad nutum" el contrato.

Por otro lado, a diferencia del artículo 21.4 del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 8º.2 del R.D.1382/1985 no establece un plazo de duración máxima del supuesto pacto de permanencia. Como la aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores en esta materia está vedada por el artículo 3º.2 del R.D., parece dejarse la duración del pacto a la libre voluntad de las partes, que, por tanto, pueden acordar plazo superior al del Estatuto de los Trabajadores.

El único límite a la voluntad de las partes sería que el pacto no fuese abusivo; su límite máximo "será el de su razonabilidad excluyente del abuso y de la servidumbre contractual" (112); concepto jurídico indeterminado que parece estar en relación con la duración del período de formación, siempre que éste no sea, a su vez, abusivo. Y abusivo podría entenderse aquel supuesto pacto de permanencia que quebrantase el carácter esencialmente temporal del vínculo entre alto directivo y empresario.

B.2.2. Prohibición de competencia

La especialísima mutua confianza entre alto directivo y empresario intensifica los deberes contractuales derivados de la buena fe; el R.D.1382/1985 sólo se refiere a uno de ellos, a saber, el denominado en la rúbrica del artículo 8º, "pacto de no concurrencia", que se regula en su aspecto doble de no concurrencia durante la vigencia del contrato y una vez extinguido el contrato.

El "pacto de no concurrencia", sólo es aplicable, en realidad, a postcontractual; durante la vigencia del contrato se trata, más que de pacto, de prohibición legal de concurrencia ("el trabajador de alta dirección no podrá celebrar..."), que, admite, eso sí, pacto en contrario. O dicho de otra forma, la regla general es la prohibición de concurrencia durante la vigencia del contrato; la excepción, derivada del carácter esencialmente dispositivo de las normas del R.D.1382/1985, puede serlo el pacto de concurrencia.

Teniendo en cuenta esta observación, pasemos al breve estudio de la regulación legal de estas manifestaciones específicas de la buena fe.

A). Por lo que se refiere a la prohibición de concurrencia o de competencia, el artículo 8º.1 del R.D.1382/1985 dispone: "El trabajador de alta dirección no podrá celebrar otros contratos de

trabajo con otras Empresas, salvo autorización del empresario o pacto escrito en contrario. La autorización del empresario se presume cuando la vinculación a otra Entidad fuese pública y no se hubiese hecho exclusión de ella en el contrato especial de trabajo".

Quizá no era necesario que el R.D. estableciese expresamente, y menos aún en los términos que se hace, esta prohibición. En primer lugar, ha de entenderse natural del trabajo del alto directivo la plena dedicación o dedicación exclusiva [de ahí, por cierto, que ésta no sea objeto de regulación específica en el R.D.1382/1985], derivada de la especial recíproca confianza que exige el contrato de alta dirección; y en segundo lugar, la prohibición de competencia no es sino manifestación específica de la regla general de plena dedicación del alto directivo.

La regulación específica es también criticable; parece haber influido en ella más el Estatuto de los Trabajadores, que la propia especialidad de la relación laboral que se pretende regular. De ahí que los errores atribuidos por la doctrina (113) al artículo 21.1 legal se reproduzcan para el R.D.; entre ellos, por ejemplo, si la prohibición ha de entenderse sólo para trabajos laborales, especiales o comunes, o, por el contrario, para todo tipo de trabajo, sea o no laboral (piénsese en concreto, para el alto directivo, su posible condición de cargo de administración en otra sociedad); si, a pesar del

tenor literal de ambos preceptos, se prohíbe también la competencia consistente en un trabajo por cuenta propia.

A nuestro juicio, las deficiencias de la redacción del artículo 8º.1 del R.D. se habrían evitado si se hubiera utilizado como punto de partida el Código de Comercio; a éste, al Derecho Mercantil supletorio hay que acudir ante las dudas interpretativas, conforme a lo dispuesto en el artículo 3º.3 del R.D., y, en concreto, al artículo 288 del C.de co., que regula la prohibición de competencia del factor en los términos siguientes: "los factores no podrán traficar por su cuenta particular, ni interesarse en nombre propio ni ajeno en negociaciones del mismo género de las que hicieren a nombre de sus principales, a menos que éstos los autoricen expresamente para ello".

De donde se sigue que la prohibición es más amplia de la que, en principio, podría deducirse de una interpretación literal del precepto del R.D.; se extiende, pues, no sólo a "otros contratos de trabajo con otras Empresas", sino también a otros trabajos que no sean objeto de un contrato de trabajo.

Del precepto mercantil citado es posible extraer otra conclusión respecto al objeto de la prohibición; ante la duda de si lo prohibido es la mera concurrencia en el mercado del alto directivo con el empresario o, por el contrario, la competencia desleal a que se refiere el artículo 21.1 del

Estatuto de los Trabajadores, es posible acoger la solución intermedia ofrecida por el artículo 288 del C.de co., a saber, lo prohibido es la competencia (114) esto es, el trabajo del alto directivo para otro empresario que pertenezca a la misma esfera comercial o industrial que la del suyo, las "negociaciones del mismo género" a que se refiere el precepto mercantil.

La prohibición de competencia en los términos establecidos no es imperativa para las partes; como dijimos, la norma reglamentaria es, por el contrario, dispositiva, en cuanto permite acuerdo de las partes en contrario. En efecto, el artículo 8º.1 admite que se pacte compatibilizar el trabajo del alto directivo con otras actividades, por cuenta ajena o por cuenta propia, aun del mismo género que las de su empresario.

De nuevo, aquí el precepto del R.D. induce a error [uno más provocado por una regulación más cercana al Estatuto de los Trabajadores que lo que parece exigir la especialidad de la relación]; junto al pacto escrito en contrario menciona la "autorización del empresario" como posible excepción a la regla de prohibición de competencia. Pero a nuestro juicio la previsión legal ha de interpretarse de acuerdo con el artículo 3º.1 del R.D.1382/1985; si el precepto declara la primacía de la voluntad de las partes en esta relación laboral y la prohibición de competencia es efecto natural del trabajo del alto

directivo, la "autorización" del empresario ha de quedar subsumida en el pacto (115). Por tanto, el precepto admite una única excepción a la prohibición de competencia; a saber, el pacto en contrario de las partes, expreso (escrito) o tácito (presunto), entendiendo que este último existe "cuando la vinculación a otra Entidad fuese pública y no se hubiese hecho exclusión de ella en el contrato especial de trabajo".

Téngase, en fín, en cuenta que la presunción es muy limitada porque, en primer lugar, si el pacto escrito en contrario (es decir, admitiendo la competencia) no existe, es destruible por prueba en contrario, puesto que la regla general para el alto directivo es la prohibición de competencia, esto es, la plena dedicación o exclusividad en favor de un empresario. Y, en segundo lugar, porque la prohibición expresa de competencia en el propio contrato no admite la alegación posterior de la presunción; el pacto escrito, prohibiendo o admitiendo expresamente la competencia, sólo es revocable por otro acuerdo novatorio en sentido inverso al anterior, no por la voluntad unilateral de las partes.

B).El R.D.1382/1985 regula también el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo o competencia postcontractual. Su artículo

8º.3 dispone: "El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato especial de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes:

a).Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.

b).Que se satisfaga al alto directivo una compensación económica adecuada".

Se trata -en contraposición al artículo 8º.1- de un pacto, no de una prohibición legal.

Desde el carácter o naturaleza atribuida a las normas del R.D.1382/1985 ambos preceptos son claramente diferenciables: el artículo 8º.1 establece una prohibición dispositiva en cuanto la misma sólo se aplica si las partes no acuerdan (tácita o expresamente) lo contrario; el artículo 8º.3 deja a la voluntad de las partes la existencia de no competencia postcontractual pero se convierte en una norma claramente imperativa, si las partes la prevén en su contrato.

Son varias las observaciones críticas que sugiere al intérprete la redacción del precepto reglamentario, que reproduce en práctica integridad el artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores.

En primer lugar, hubiese sido técnicamente más correcto, a nuestro juicio, atendiendo a la naturaleza de la actividad del alto directivo,

entender esta cláusula como elemento o efecto natural del contrato especial de alta dirección y, en consecuencia, haberse formulado como prohibición legal, con los propios límites que la norma establece para el pacto [efectivo interés industrial o comercial del empresario y la compensación económica para el alto directivo], salvo acuerdo de las partes en contrario.

Si de un auténtico pacto se tratase, la restricción doble al mismo no se explica; o, dicho de otra forma, los intereses contrapuestos de las partes, que pueden ser los que el precepto reglamentario menciona u otros diferentes, han de quedar diluidos en el acuerdo voluntario de las partes. Si el empresario pacta será porque tenga ese interés; si el alto directivo pacta será porque se le compense adecuadamente (116).

Pero ésta es, precisamente, la solución que hoy no acepta la jurisprudencia, que, por el contrario, restringe aún más la autonomía individual de las partes manifestada en el pacto de no competencia. Para la jurisprudencia sólo fundamenta dicho pacto un doble interés; a saber, para el empresario, la no utilización por el alto directivo de los conocimientos adquiridos a su servicio (métodos empresariales de producción, comercialización y organización del trabajo) en otras empresas; para el trabajador alto directivo, "asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato" (117).

Es débil esta segunda fundamentación; la compensación económica del pacto para el trabajador no tiene por finalidad asegurarle una estabilidad económica, puesto que el pacto no impide la realización de cualquier tipo de actividad profesional, sino sólo de actividad de la misma esfera comercial o industrial de su anterior empresario. Se trata, pues, más que de un pacto de no concurrencia de un pacto de no competencia.

Pero esta fundamentación jurisprudencial tiende hacia un objetivo específico, a saber, negar la posibilidad de que cualquiera de las partes desista libremente del pacto de no competencia (118). En efecto, admitida la existencia de un doble interés, la consecuencia no puede ser otra sino que las obligaciones son bilaterales, cuyo cumplimiento por imperativo del artículo 1256 del Código Civil no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes; y a su arbitrio quedaría si cualquiera de ellas pretendiera desistir basándose en la simple manifestación de la desaparición del interés que justificó el pacto; la desaparición ha de demostrarse, pues, en vía judicial. Si no se demuestra, el desistimiento ha de ser indemnizado; si es el empresario quien desiste, la indemnización al trabajador consistirá en lo estipulado como compensación económica del pacto; si es el trabajador, deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados al empresario.

La solución sería otra [admitir el desistimiento no indemnizado del empresario] si se entendiese que el interés del alto directivo, que fundamenta el pacto de no competencia, no es asegurarse una estabilidad económica una vez extinguido el contrato para hacer frente a la interrupción de renta de trabajo que genera la terminación del contrato; no habría nada que compensar económicamente si el alto directivo recobra su total libertad profesional.

B.2.3. Extinción del contrato

Es sin duda en la extinción del contrato, donde el R.D. de alta dirección manifiesta mayor especialidad. Teniendo en cuenta que su artículo 12 remite al Estatuto de los Trabajadores en cuanto a las restantes causas de extinción, detengámonos en las que regula específicamente: la extinción unilateral por voluntad del alto directivo (artículo 10) y la extinción unilateral por voluntad del empresario (artículo 11).

Han de traerse aquí a colación las consideraciones hechas en el Capít.2º sobre, en primer lugar, la interpretación general del sistema de fuentes establecido en el artículo 3º del R.D.1382/1985; y, en segundo lugar, el valor de la autonomía privada individual en esta relación laboral y, en concreto, la relación entre las normas del

R.D.1382/1985 y el pacto entre las partes en materia, por ejemplo, de indemnización, plazos de preaviso o efectos del despido.

B.2.3.a. Extinción unilateral por voluntad del alto directivo.

El artículo 10 del R.D.1382/1985 se refiere a dos supuestos: el disistimiento o extinción sin causa y la resolución causal.

1.El desistimiento o extinción sin causa parece estar suficientemente justificado si se advierte que la especial confianza que fundamenta esta relación laboral es recíproca, por lo que el trabajador ha de estar facultado para extinguir el contrato cuando haya perdido la confianza que tenía depositada en el empresario.

De ahí, que el R.D.1382/1985 establezca una regulación claramente permisiva; lo único que exige es un preaviso mínimo de 3 meses, que puede ser de hasta 6 meses si se pacta por escrito en el contrato y siempre que éste se haya celebrado por tiempo indefinido o duración de más de cinco años; de donde se deduce, por cierto, que frente a la duda de si en el sistema extintivo común del Estatuto de los Trabajadores cabe dimisión del trabajador en el contrato de duración determinada, el R.D.1382/1985 admite, al menos implícitamente, este supuesto. El

alto directivo, pues, puede dimitir, sea cual sea la duración de su contrato de trabajo, con preaviso y sin necesidad de exteriorizar causa alguna.

Cumplimentado por el alto directivo el preaviso, ha de plantearse si es necesaria declaración judicial para que el contrato se extinga o, por el contrario, es suficiente la simple voluntad extintiva del alto directivo; la solución ha de buscarse relacionándola con el desistimiento del empresario y atendiendo a las diferencias con la extinción causal por voluntad del propio trabajador. Desde esta doble perspectiva se puede afirmar que una de las diferencias entre extinción no causal y causal es el otorgamiento en el primer supuesto de un derecho autónomo al alto directivo para extinguir la relación laboral (119); aun cuando se incumpla el plazo de preaviso, el contrato se extingue, debiéndose en este caso al empresario una indemnización "equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido" (artículo 10.2).

Se extingue aunque se haya pactado un período de permanencia en las condiciones establecidas en el artículo 8º.2; en este supuesto, el empresario tendrá derecho a la indemnización pactada si el alto directivo quiere extinguir antes del término fijado para esa permanencia.

Por último, lo que tal vez sea más importante, la jurisprudencia ha afirmado que el desistimiento es

irrevocable, sin que quepa retractación, si el empresario no la acepta (120). Para las observaciones a esta posición jurisprudencial nos remitimos al apartado correspondiente al desistimiento empresarial.

2. También cabe resolución unilateral causal del contrato por voluntad del trabajador (artículo 10.3) o "dimisión forzada" del alto directivo, en terminología jurisprudencial. Sobre la misma es posible efectuar las consideraciones siguientes:

a)-Enlazando con la cuestión planteada en el desistimiento, se ha de indagar si en este supuesto es necesaria intervención judicial para que el contrato se extinga; la jurisprudencia entiende que, a pesar de la terminología adoptada por el precepto reglamentario -"podrá extinguir"- frente a la utilizada en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores -"podrá solicitar la extinción"-, la resolución causal sólo se produce previa decisión judicial (121). Aun cuando haya de aceptarse con reparos esta doctrina jurisprudencial, no tanto en lo que se refiere a la solución como a su argumentación (aplicación analógica del Estatuto de los Trabajadores), porque, no lo olvidemos, parece no ser coherente con el criterio jurisprudencial interpretativo del sistema de fuentes de esta relación laboral especial; aun cuando su

argumentación no sea la más acertada, decíamos, hay que aceptar la solución en cuanto se entienda que las causas, taxativamente enunciadas en el artículo 10.3 del R.D.1382/1985, han de ser probadas para que el alto directivo tenga derecho a la indemnización fijada para esta resolución. De lo contrario, podría simularse una extinción causal con el fin único de lograr esas indemnizaciones a las que, no lo olvidemos, no tiene derecho el alto directivo cuando extingue con preaviso y sin causa.

Y aún más, se evitaría así otra posible actuación fraudulenta del propio alto directivo; a saber, manifestada su voluntad extintiva al empresario basada en alguna de las causas del artículo 10.3 del R.D.1382/1985, la actuación posterior del empresario dando de baja al alto directivo y poniendo a su disposición la indemnización pacta o, en su defecto, la equivalente a 7 días del salario en metálico por año de servicio en el límite de 6 mensualidades (artículo 10.3 en relación con el artículo 11.1), podría utilizarse por el alto directivo para recurrir esa actuación como constitutiva de despido nulo o improcedente que, como veremos, tienen una indemnización muy superior.

Legalmente se establece otra diferencia respecto al desistimiento, ya que en el supuesto de resolución causal el alto directivo no ha de cumplir plazo de preaviso alguno.

b)-En cuanto a las causas, parece que pueden ser establecidas contractualmente (122); aún así han de ser interpretadas restrictiva y rigurosamente, puesto que su concurrencia produce, no sólo la resolución, sino además una indemnización para quien la insta.

Fijándonos en las establecidas específicamente en el artículo 10.3 del R.D.1382/1985, pueden hacerse las siguientes consideraciones; en primer lugar, respecto a las modificaciones sustanciales del contrato (artículo 10.3.a), no pueden tenerse por tales -en consecuencia, el alto directivo no puede resolver el contrato basándose en ellas, el retorno o devolución al puesto de origen (conforme a lo dispuesto en el artículo 9º) tras el desempeño del cargo de alta dirección, del que puede ser relevado libremente por el empresario al ser un puesto de confianza. No hay, en este supuesto, trato vejatorio o perjuicio grave a la formación profesional del alto directivo destituido (123), sino cumplimiento de la legalidad, cuando además, el retorno es opción del propio alto directivo.

Tampoco podría alegar el alto directivo modificación sustancial de las condiciones de trabajo conforme al artículo 10.3.a) y, en definitiva, no existiría causa justa para pedir la resolución, cuando el empresario le cesa libremente y, sin existir puesto de origen o de retroceso, se ofrece uno acorde con la preparación profesional y académica del destituido (124); en definitiva, se niega la posibilidad

de que el alto directivo busque o intente buscar una reacción jurídica contra el desistimiento libre del empresario.

Por tanto, si esa causa ha de apreciarse en relación con la actividad desarrollada por el alto directivo, tampoco ha de entenderse que exista modificación sustancial que redunde en perjuicio de su formación profesional cuando la actuación del empresario no haya afectado al ejercicio de las funciones del alto directivo imposibilitando su gestión o creando dificultades insuperables para la misma (125).

Por lo que respecta a la causa del artículo 10.3.d), sucesión de empresa o cambio importante en la titularidad de la misma, no entraña por sí sola un incumplimiento contractual del empresario que justifique la extinción del contrato por el alto directivo; es necesario, como dice el precepto que la sucesión o cambio de titularidad "tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal". Parece que esa "renovación" ha de ser total o, al menos, de la mayoría de los miembros que forman el órgano de administración, si es colegiado (126); no es suficiente, pues, la simple modificación.

c)-Si se prueba la causa alegada, el contrato se extingue y el alto directivo, además, tendrá derecho

a las indemnizaciones pactadas, "y en su defecto fijadas en esta norma para el caso de extinción por desistimiento del empresario", es decir, "siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades".

Adviértase que sólo se tienen en cuenta para fijar la indemnización los salarios en metálico, no en especie, cuando los mismos, según hemos visto, serán muy frecuentes para el personal directivo.

En cuanto al límite de la cuantía pactada, téngase en cuenta lo que expusimos en el Capítulo segundo acerca del valor de las normas dispositivas, donde concluíamos que las partes no pueden pactar una indemnización inferior a la fijada por esta norma.

Respecto a la indemnización legal en defecto de pacto, es la equivalente a la del desistimiento empresarial (127), cuando lo cierto es que la resolución causal del alto directivo es un despido indirecto, provocado por el incumplimiento contractual del empresario, por lo que hubiese sido más acertado la remisión a la cuantía de la indemnización prevista para el supuesto de despido disciplinario improcedente.

B.2.3.b.Desistimiento del empresario

La justificación de la resolución ad nutum del empresario en esta relación laboral especial está también en el tipo de funciones desarrolladas por el alto directivo, de las que deriva su consideración como cargo de confianza y la mutua y especial confianza que preside esta relación (128). De ahí que el desistimiento empresarial no pueda ser considerado como sanción y que no exija justificación (129).

De esta fundamentación del desistimiento derivan las consideraciones siguientes a este tipo de extinción:

A)-Respecto a la forma de declarar la voluntad extintiva (130), el artículo 11 sólo exige que el desistimiento sea comunicado por escrito (131).

B)-Podría plantearse si existe algún límite temporal para afirmar la pérdida de confianza (132) o, dicho de otra forma, para que el empresario pueda extinguir libremente. Si entendemos que el desistimiento empresarial puede producirse cualquiera que sea la duración del contrato (133), no pueden diferenciarse las formas de extinción por voluntad del empresario por la duración del contrato, afirmando, por ejemplo, que el desistimiento no cabe cuando la duración del contrato es indefinida. Aunque sí podría relacionarse con la posibilidad de limitar

de alguna forma, temporalmente, la posibilidad de desistimiento; en este sentido se ha afirmado (134) que "el empresario [sólo] podrá desistir del contrato...al finalizar el tiempo pactado", es decir, una vez cumplido el período fijado de duración del contrato, por lo que todo pretendido desistimiento durante la vigencia del mismo (ya sea por tiempo indefinido o determinado) constituirá un despido improcedente.

Esta solución es equivocada porque el desistimiento no se puede equiparar a la denuncia prevista para los contratos celebrados por tiempo determinado o para obra o servicio determinado, conforme a la formulación del artículo 49.3 del Estatuto de los Trabajadores; es otra forma de extinción con fundamento distinto, como hemos visto.

C).A diferencia del desistimiento o extinción no causal del alto directivo, el del empresario ha de ser indemnizado. La cuantía de la indemnización es la que las partes fijen, pero teniendo en cuenta que, conforme al carácter atribuido a las normas dispositivas del R.D.1382/1985, el límite mínimo de la cuantía que se pacte es la que el precepto fija en defecto de pacto: siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades. Las partes no pueden fijar cuantía inferior a la legal; por eso, es válido el pacto sobre la cuantía de la indemnización si, aun anterior

a la entrada en vigor del R.D.1382/1985, la pactada es superior o igual a la establecida legalmente en defecto de pacto (135).

Y esta observación, que ha de aplicarse a todos los supuestos de extinción indemnizada que prevé el R.D.1382/1985, obliga, a nuestro juicio, a fijar unos límites al desistimiento empresarial para evitar posibles actuaciones fraudulentas del empresario. Se trata, en definitiva, de diferenciar desistimiento y despido disciplinario, según exponemos en páginas siguientes (vid.apartado correspondiente al despido disciplinario).

Para la indemnización en defecto de pacto no se computan los salarios en especie. Y, por lo que se refiere a la determinación de los "años de servicio" a tener en cuenta para fijar la indemnización, hay que distinguir dos posibles supuestos: si el alto directivo ejerce su cargo sin haber sido promovido al mismo desde un puesto anterior en la empresa, se han de computar todos los de su trabajo para la empresa como alto directivo, cualquiera que sea la fecha inicial de los mismos y aunque ésta sea anterior a 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor del R.D.1382/1985 (136). Si si existe un trabajo común anterior que, en aplicación del artículo 9º, ha quedado suspendido por la promoción del trabajador a alto directivo, no se computan como años de servicio para fijar la indemnización correspondiente al desistimiento del empresario los servidos como

trabajador común. Por ello mismo, si, junto a la especial, también se pretende extinguir la relación laboral común subyacente, el alto directivo tendrá derecho a dos indemnizaciones (la establecida para el desistimiento y la correspondiente a la resolución de la relación laboral común) fijadas, independientes la una de la otra, según los años de servicios en los respectivos trabajos (137).

Junto a esta indemnización, principal del desistimiento, se preve otra para el caso de que el empresario incumpla total o parcialmente el preaviso de ese desistimiento; si no existe preaviso, el desistimiento no se convierte en otro tipo de extinción (138), sino que da derecho a una indemnización adicional equivalente "a los salarios [en metálico y en especie] correspondientes a la duración del período [de preaviso] incumplido". Esta indemnización es un resarcimiento de daño material, no moral (139). Y esta indemnización es también debida si el empresario, aun preavisando, decide que el alto directivo no trabaje durante el período del preaviso (140).

D).En relación con los supuestos de extinción por voluntad del alto directivo, el desistimiento empresarial, igual que el del alto directivo, es irrevocable; no cabe retractación, si el trabajador no la acepta (141). A nuestro juicio, esta solución

ha de admitirse siempre que se prevea que la actuación empresarial encierra una intencionalidad fraudulenta, pero no en caso contrario.

En relación con los supuestos de extinción causal del alto directivo, ya afirmamos que si el desistimiento empresarial supone la vuelta al trabajo común anterior suspendido, esta situación no supone vejación ni atentado contra la dignidad del alto directivo (142) que, en consecuencia, no puede basarse en ella para alegar una supuesta extinción causal.

B.2.3.c. Despido disciplinario

A-Respecto a ^{causas} sus el artículo 11.2 del R.D.1382/1985 dispone: "El contrato podrá extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo".

No hay en el precepto citado una remisión expresa a los supuestos de incumplimientos graves y culpables que relaciona el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores. Por ello -aun cuando la jurisprudencia actual aplica esas causas concretas del despido disciplinario tanto a la relación común como a la especial de alta dirección (143)- hay que entender, desde la propia interpretación jurisprudencial del artículo 3º.2 del R.D.1382/1985,

que para el alto directivo las causas específicas de incumplimientos graves y culpables, pueden reconducirse a una, a saber, la transgresión de la buena fe (144). Teniendo cuenta la especial confianza y buena fe que, derivada del elemento funcional, rige esta relación laboral, se justifica la afirmación jurisprudencial de que al alto directivo le es singularmente exigible la puntual observancia de las reglas que se derivan del fundamento legal de su relación laboral especial (145); los deberes de buena fe han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan estos específicos puestos de confianza (146).

Así, puede entenderse que se trasgrede esa especialísima confianza -justificándose, pues, el despido disciplinario- cuando el alto directivo actúa fuera de los límites del poder de representación conferido (147). Este sería el efecto "interno" de la "plena responsabilidad" (artículo 1º.2 del R.D.) del alto directivo en su actuación frente a terceros.

Si ha de tratarse de un incumplimiento grave y culpable, la pérdida de confianza no puede ser alegada por el empresario como causa justa de un despido disciplinario. La pérdida de confianza depositada en el alto directivo no es, en sí, un incumplimiento; de ahí que en este supuesto el empresario sólo pueda extinguir el contrato desistiendo (148). Se han de buscar, pues, los

elementos que con claridad acusen la presencia de un tipo de resolución o del otro, para evitar que se simule un despido disciplinario, intentando ocultar un desistimiento o viceversa; basta un simple cálculo aritmético de años de servicio del alto directivo e indemnizaciones fijadas para un supuesto y otro de extinción (149) .

Por ello, la jurisprudencia ha reaccionado contra los supuestos de simulación relativa de los tipos de extinción, indagando la voluntad real del empresario por el carácter y contenido del acto de extinción.

En concreto se han calificado como despido improcedente varios posibles supuestos de simulación; en primer lugar, se ha entendido que se disimula un despido bajo un aparente desistimiento empresarial (no lo olvidemos, con una indemnización más baja que la fijada para el despido disciplinario declarado improcedente o nulo) cuando bajo la genérica pérdida de confianza (suficiente para el desistimiento) se hace referencia expresa a determinadas particularidades del comportamiento atribuidas al alto directivo (es decir, a supuestos incumplimientos) con el fin real de eludir la necesidad de probar esas imputaciones (150). O, al contrario, si la simple pérdida de confianza justifica sólo el desistimiento, no el despido disciplinario, no puede disimularse aquélla bajo la apariencia de un incumplimiento grave y culpable, que no lo es se

insiste- el mero uso de facultades por el alto directivo que puedan no resultar convenientes para la empresa; esta actuación sólo justifica el desistimiento empresarial (151) por lo que, si se reacciona el empresario frente a ella, el despido será calificado como improcedente (152).

Téngase, por lo demás, en cuenta que estas simulaciones específicas pueden encerrar una intención fraudulenta, que, de existir, obligaría, a nuestro juicio, a calificar el simulado acto extintivo como despido nulo, con efectos peculiares. Frente a la afirmación de que no existen diferencias en la relación laboral especial del personal de alta dirección entre el despido nulo y el improcedente, se verá que esas diferencias existen.

Se trata, pues, ante estas u otras posibles simulaciones, buscar soluciones que, si bien en algunos supuestos pueden no ser las más favorables económicamente para el alto directivo, sean ajustadas a Derecho, tanto más cuanto que la consecuencia práctica de la diferencia entre el desistimiento empresarial y el despido está en la diversa cuantía de la indemnización [legal o pactada] para un tipo u otro de extinción.

Para la jurisprudencia el desistimiento empresarial se convierte, también, en despido improcedente, si se demuestra que el trabajador, cuyo contrato se intenta resolver, no es alto directivo

sino trabajador común (153). La cuestión puede ser más compleja de la que refleja el análisis jurisprudencial, porque en este supuesto existe una cuestión previa relativa a la elección de la figura contractual adecuada. La elección que puede encerrar una simulación relativa en que el contrato disimulado o real sea uno de trabajo común y el simulado o aparente un contrato de trabajo especial de alta dirección; pero esa elección puede no encerrar una simulación, si las partes acordaron la calificación del contrato como especial de alta dirección en base a la definición de lo que ésta es conforme al artículo 1º.2 del R.D.1382/1985, más aún si el cargo está próximo a la alta dirección.

Dejando ésto a un lado, si el sujeto cuyo contrato se pretende extinguir, no es alto directivo, el acto extintivo ha de tener los efectos propios del del contrato común de trabajo. El pretendido desistimiento empresarial debe entonces ser calificado como despido nulo de un trabajo directivo no alto. Aunque se trate de una simulación relativa sin intención fraudulenta, o simplemente de elección errónea del tipo contractual que se creía acorde con la naturaleza del cargo, porque faltarían los hechos o causas que motiven ese despido conforme al artículo 55.1 y 3 del Estatuto de los Trabajadores; si la elección del tipo contractual es fraudulenta, porque convierte en ilícito el pretendido desistimiento empresarial.

Por supuesto, al remitir expresamente el R.D.1382/1985 al artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, la calificación del despido disciplinario del alto directivo ha de hacerse conforme al mismo y a su interpretación doctrinal y jurisprudencial. El despido es improcedente cuando no se prueben las faltas que se imputan al alto directivo (154). Es nulo, por inexistencia o deficiencia de su notificación escrita (también si no es ratificado por el órgano de administración [155] cuando el empresario es persona jurídica sociedad). Es procedente, cuando se trata de negligencia inexcusable (156) del alto directivo.

B).En cuanto a los efectos del despido, vamos a detenernos en los que el R.D.1382/1985 establece para los supuestos de despido improcedente y de despido nulo; con lo que pretendemos ver las diferencias que pueden existir entre una y otra calificación, que en el artículo 11.3 del citado reglamento parecen ser los mismos. En efecto, conforme a dicho precepto, "cuando el despido sea declarado improcedente o nulo, el empresario y el alto directivo acordarán si se produce la readmisión o el abono de las indemnizaciones económicas [opción ésta que no ha de preceder a la resolución judicial (157)], entendiéndose, en caso de desacuerdo, que se opta por el abono de las percepciones económicas" que se hubiesen pactado en el contrato [que pueden ser,

incluso, las previstas en el Estatuto de los Trabajadores (158), pero no inferiores a la establecida legalmente en defecto de pacto] o, en su defecto, de veinte días de salario metálico [se excluye, pues, al igual que el resto de supuestos de extinción indemnizada, el salario en especie] por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades. No parece existir, pues, para el legislador diferencia de efectos entre el despido improcedente y el nulo, como tampoco existe para la jurisprudencia, que iguala ambos (159).

Con ello, pues, enlazamos con los efectos del despido y la remisión expresa que el R.D.1382/1985 hace al Estatuto de los Trabajadores en esta materia. Tempranamente se planteó a la jurisprudencia si habían de pagarse en el despido improcedente los "salarios de tramitación", inclinándose en un primer momento en favor de su abono (vid. Cap.2º) porque se entendía que éste era un efecto propio del despido improcedente en la relación laboral común, aplicable (en virtud de la remisión genérica del artículo 11.2 del R.D.1382/1985 a los efectos de este despido - artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores-) al despido del alto directivo (160). Pese a esta interpretación primera, hoy la posición jurisprudencial es la contraria, es decir, favorable a la exclusión de los salarios de tramitación; posición que, a parte de otras posibles argumentaciones, se basa en una interpretación literal del

artículo 3º del R.D.1382/1985, en el sentido de que no hay remisión expresa en el R.D. al artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, que regula el abono de los salarios de tramitación en el supuesto de despido improcedente (161). Pero advertíamos también, y lo reitaramos ahora, que aun cuando esta sea la interpretación, los salarios de tramitación pueden preverse en el contrato; se trataría entonces de una remisión contractual válida al Estatuto de los Trabajadores (162).

Y ésta es precisamente la cuestión a plantear en el supuesto de despido nulo. Conforme a una primera posición jurisprudencial, habían de pagarse salarios de tramitación cuando el despido fuese declarado nulo (163); la jurisprudencia posterior, al sentar que los efectos del despido improcedente y el despido nulo en el supuesto del alto directivo eran los mismos, concluyó que tampoco debían pagarse salarios de tramitación en el despido nulo (164). A nuestro juicio esta segunda interpretación jurisprudencial no es correcta porque, si bien el artículo 11.3 del R.D.1382/1985 asimila ambos despidos en cuanto al efecto principal (en ambos cabe opción entre la readmisión y la indemnización), el artículo 11.2 se remite expresa, y únicamente, al artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, que regula los efectos del despido nulo, entre ellos el deber de pago de los salarios de tramitación. Así, la solución actual de la jurisprudencia resulta contradictoria con la de la

misma para el despido improcedente; tanto más cuanto que, añadiríamos, ha mantenido una interpretación literal del sistema de fuentes de la relación establecido en el artículo 3º del R.D., según la cual sólo es aplicable el Estatuto de los Trabajadores cuando a él remite expresamente el propio R.D.; remisión que parece no ofrecer dudas en el artículo 11.2.: "el contrato podrá extinguirse por decisión del empresario..., en la forma y con los efectos establecidos en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores".

Si se opta por la indemnización, se ha de reflexionar sobre cómo computar los "años de servicio" para fijar la cuantía de aquélla cuando el alto directivo ya tenía un puesto anterior en la empresa. De nuevo aquí hay que separar las dos relaciones laborales sucesivas, común y especial; sólo habrán de computarse los años de actividad como alto directivo para fijar la indemnización por despido improcedente o nulo (165). La separación de relaciones ha de mantenerse también en el supuesto de que declarado nulo o improcedente el despido del alto directivo éste opte por reanudar la relación laboral que haya podido quedar en suspenso y el empresario se niegue a readmitirlo; esa negación podría equivaler a un despido improcedente (se aplicarían a este supuesto los efectos de la negación de readmisión del excedente forzoso en el régimen laboral común) y, por

tanto, en aplicación del artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores habría de indemnizarse también con la cuantía prevista en el Estatuto. Se trata, en definitiva, de separar los años de servicios como trabajador común y como alto directivo. El alto directivo tendría derecho a dos indemnizaciones (166).

Por supuesto, se han de computar como años de servicio también los anteriores al R.D.1382/1985 (167).

C. PODER DE REPRESENTACION

Cuando hablamos del poder de representación como posible elemento configurador del alto directivo, frente al resto de directivos laborales y no laborales, hay que hacer determinadas observaciones previas, algunas de ellas ya efectuadas en el capítulo primero.

Expusimos en su momento que la atribución de poder de representación a una persona no modifica la posible relación jurídica previa e interna que puede existir entre el representante y el representado, que, por lo demás, puede ser de naturaleza muy variada; en efecto, relación jurídica originante de la representación puede ser, entre otros, un mandato, una relación orgánica, un contrato de trabajo, sea común o especial.

Aunque utilizemos genéricamente la expresión "poder de representación", hay que tener en cuenta que el término "poder", referido a la representación tiene, cuando menos, dos acepciones; a saber, poder como apoderamiento, negocio jurídico unilateral en virtud del cual se otorga la representación; y poder como conjunto de facultades que el representante puede ejercer en virtud de ese apoderamiento o, dicho de otra forma, como aquella "situación jurídica de que es investido o en que es colocado el representante y que le permite o le faculta para actuar en la esfera jurídica ajena" (168).

Advertíamos también que puede existir un apoderamiento, y con él un poder de representación en sentido estricto, sin que la relación jurídica de base se modifique; en consecuencia, pueden existir cargos en una empresa que ejerzan actividades externas frente a terceros sin que por ello su relación deje de ser (o se convierta en) laboral (169). O, dicho de otra forma, y atendiendo a los diferentes grupos de directivos, hay cargos de los que es consustancial el poder de representación pero la naturaleza jurídica de las relaciones internas y previas que les unen con su representado (empresario) pueden ser (y de hecho lo son) diferentes.

En este sentido, basta un examen de la legislación mercantil para confirmar esa apreciación. Sin mayores precisiones por el momento, los miembros de los órganos de administración de una sociedad

tienen atribuida la representación de la sociedad; así, por ejemplo, el artículo 128 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone: "La representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos". Y el Factor mercantil es calificado por el artículo 281 del Código de Comercio como apoderado general, frente al resto de auxiliares, a los que se considera apoderados singulares. Pero los miembros de los órganos de administración no son, como ya analizamos en páginas anteriores, sujetos de un contrato de trabajo; los denominados auxiliares del comerciante (ya sean apoderados generales o singulares), por el contrario, han sido calificados como sujetos de una relación laboral, con lo que las normas del Código de Comercio a ellos relativas, sólo siguen vigentes en materia de actuación externa de esos auxiliares, es decir, en cuanto reguladoras del poder de representación.

Atribuido ese poder de representación, en virtud de un apoderamiento, ya sea expreso o tácito ((170), el alto directivo no se diferencia, pues, del resto de los sujetos directivos precisamente por ésto, como quería el legislador de 1931. Debemos, por ello, pasar a la segunda acepción del término o expresión "poder", como conjunto de facultades que, frente a terceros, se puedan ejercer en virtud de ese apoderamiento.

Se trata, de distinguir entre el título formal y el contenido efectivo del poder de representación. En este sentido, la triple tradicional asimilación legal, jurisprudencial y doctrinal del alto directivo laboral al factor mercantil permite una primera aproximación a la cuestión central de delimitación de los cargos de dirección que ejercen actividades externas frente a terceros en representación del empresario; a saber, que el alto directivo laboral, en el ejercicio de actividades externas de representación del empresario, es "un apoderado [representante] general" de éste.

Por tanto, el criterio de delimitación de los grupos de directivos no está en la atribución de un poder de representación, sino en las características de éste en relación con las funciones atribuidas y ejercidas en el tráfico externo. El poder de representación está en relación, pues, con el que denominamos elemento objetivo de delimitación, es decir, con el conjunto de facultades que determinan la existencia de un alto directivo frente a un directivo no alto o de régimen común. Lo que en definitiva queremos poner de manifiesto es que en la actividad de alta dirección puede distinguirse una actividad de dirección o gestión interna unida a una actividad de dirección externa o de tráfico externo frente a terceros, consustancial e inescindible de la primera. Dicho de otra forma, y empleando la

definición legal contenida en el artículo 1º.2 del R.D.1382/1985, entre los "poderes [o conjunto de facultades] inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa y relativos a los objetivos generales de la misma" se encuentra la actividad de tráfico externo, que se delega en el alto directivo.

Si consustancial es, pues, a las funciones de alta dirección esa actividad de tráfico externo, la extensión de las funciones relativas a los objetivos generales de la empresa determinará la extensión o amplitud del poder de representación. Se ha de tratar, frente a los directivos de régimen común, de un poder de representación general.

Pero el R.D.1385/1985 no regula el poder de representación ni dice nada sobre su extensión o amplitud ni sobre la responsabilidad del alto directivo frente al empresario y frente a terceros derivada del ejercicio del poder. Por ello, hay que acudir, conforme a su artículo 3º.3, al derecho supletorio de esta relación laboral, aquí a los preceptos de los Códigos civil y Código de Comercio sobre la representación voluntaria y a falta de una regulación específica, autónoma e independiente del apoderamiento en nuestro Derecho, se han de aplicar las normas sobre el mandato civil (artículo 1709 y ss. del C.c.) o mercantil (artículos 244 y ss. del C.de co.). Habría que proceder, pues, al estudio del contenido, estructura y efectos de ese poder de representación, distinguiéndolo, por un lado, de la

representación orgánica atribuida a los miembros de los órganos de administración y, por otro, de la representación atribuida a los denominados apoderados singulares. No es éste, estudio que nos compete; si analizar cómo la jurisprudencia social ha aplicado al alto directivo estas previsiones sobre su poder de representación.

D. CAPACIDAD TECNICO-PROFESIONAL

Recordemos que fue éste uno de los datos relevantes para el legislador de 1931 y la jurisprudencia, aún vigente ya la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. El término "alta técnica" que se utilizó por la jurisprudencia para delimitar la figura del personal directivo encerraba una significación doble; a saber, elevada cualificación profesional y competencia funcional.

En cuanto a lo primero, la alta cualificación está en relación con la categoría o cualificación subjetiva del trabajador, entendida ésta como "conjunto de aptitudes, conocimientos y experiencias profesionales que posee el trabajador independientemente de su ocupación en una empresa concreta" (171). Se trataría, en definitiva, de un elemento

subjetivo que, igual que la alta remuneración, no sería un criterio determinante para asegurar que el trabajador altamente especializado, intelectual y normalmente titulado, con unos conocimientos teórico-prácticos muy cualificados, es personal de alta dirección. Aunque normalmente la alta cualificación será nota que se tenga en cuenta para la contratación del personal de alta dirección; por ello ha de ponerse en relación con uno de los elementos caracterizadores del contrato de trabajo, a saber, su carácter "*intuitu personae*", acentuado en la relación laboral especial del personal de alta dirección como efecto natural de la mutua confianza que preside dicha relación. Por tanto, es éste un elemento ligado más a la fundamentación legal de este tipo de relación laboral que a la propia delimitación del ámbito subjetivo de la misma. Porque, si así fuese, hubiese bastado que el legislador incluyese al alto directivo como sujeto de un contrato de trabajo común, entendiendo que el mismo es simplemente una categoría profesional encuadrada en el grupo de los técnicos.

Si la alta técnica (en el sentido de alta cualificación) no es dato que permita distinguir el alto directivo del directivo no alto de régimen común en cuanto este último también puede ser un trabajador altamente cualificado, intelectual y normalmente titulado, otra cosa ocurre, si ese término se refiere

a la competencia funcional. Es decir, si se despoja de sus connotaciones subjetivas y lo enlazamos con el elemento objetivo de delimitación del personal de alta dirección.

La distinción se centraría entonces sobre aquellos sujetos que realizan actividades de dirección técnica o dirección especializada, a los que se ha convenido en denominar Directores, en cuanto realizan funciones de dirección de un trabajo especializado dentro del complejo total de la empresa. Este aspecto segundo de la alta técnica nos lleva a un tema central respecto de la noción legal de alta dirección; a saber, la distinción de la que ya hablara BAYON CHACON (172) entre funciones de gestión del negocio o funciones económico-financieras y funciones de dirección técnica. Si hubiese que especificar más, podríamos entender que gira en torno a la diferenciación entre los trabajadores que ejercen las funciones inherentes al empresario económico y jurídico-mercantil y los que ejercen las facultades inherentes al empresario laboral (dirección y organización del trabajo) cuya actividad, evidentemente, afecta de una u otra forma, indirecta o directamente, a los objetivos de la empresa y que ejercen su labor con gran autonomía y responsabilidad. Piénsese en este sentido en la actividad de un Director de Orquesta, Director de Banda de música, Entrenadores deportivos, directores cinematográficos..., todos ellos trabajadores al-

tamente cualificados, cuya actividad se concreta en la organización del trabajo y a quien se contrata, precisamente, por su elevada cualificación profesional .

Desde la interpretación restrictiva que avanzamos en las páginas precedentes sobre el ámbito subjetivo del R.D.1382/1985 y en relación con los "poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma", sólo aquellos trabajadores que ejercen las facultades relativas a la organización y dirección de la actividad empresarial (el objeto social en las sociedades mercantiles) son altos directivos. De lo contrario, desaparecería, ciertamente, el directivo de régimen laboral común; todo trabajador directivo, que ejerce facultades de organización y dirección técnico-laborales, sería sujeto de la relación laboral especial de alta dirección.

De los supuestos expuestos más arriba, en el que tal vez pueda manifestarse más claramente la distinción efectuada es el entrenadores deportivos.

E.VALORACION CONJUNTA DE LOS ELEMENTOS
SUBJETIVOS

Los elementos calificados como subjetivos utilizados, de una forma u otra, directa o indirectamente, por la jurisprudencia a lo largo de las etapas legislativas en las que el alto cargo primero, alto directivo después, ha pasado de ser un trabajador exceptuado de la legislación laboral a ser un trabajador incluido como sujeto de una relación laboral especial; esos elementos, digo, no son criterios determinantes hoy de la existencia de un alto directivo laboral. No pueden ser utilizados para diferenciar el alto directivo de los demás sujetos directivos, el alto cargo no laboral y el directivo no alto o de régimen común. Sí son indicios de que la persona en que esos caracteres concurren puede ser un alto directivo; indicios, que pueden ser contradictorios, por un lado; y por otro pueden darse en cargos de dirección a los que no convenga la calificación de alta dirección en el sentido del R.D.1382/1985. El alto cargo no laboral y el directivo de régimen común pueden recibir una alta remuneración, tener capacidad técnico-profesional muy elevada y atribuírseles un poder de representación.

Por otra parte, aun cuando la singular confianza que liga al alto directivo con el empresario fuese considerada por la jurisprudencia como una de las

razones de su exclusión antigua y actualmente por el legislador como fundamento de su consideración como trabajador especial, lo cierto es que los miembros de los órganos de administración también son cargos de confianza y que hay cargos de confianza a los que sólo conviene la calificación de trabajadores directivos comunes o no altos. Por eso hemos concluido que la recíproca confianza no es elemento determinante de la diferenciación entre los grupos de directivos; aunque desde luego sea fundamento de la regulación contenida en el R.D.1382/1985, que se caracteriza por su labilidad y distanciamiento de las normas comunes del contrato de trabajo, sobre todo en lo que se refiere a su extinción (173).

Los elementos subjetivos, si utilizados como criterios delimitadores de la noción de alto directivo, producirían la heterogeneidad del grupo de alto directivo, cuando la legislación laboral obliga a distinguir los diferentes grupos de directivos, atribuyendo a cada uno de ellos caracteres jurídicos diferentes desde la perspectiva de su inclusión/exclusión del ámbito subjetivo de esta legislación. Otra cosa sucedería si a esos elementos subjetivos se atribuye el valor de meros indicios de la delimitación propuesta y, lo que es más importante, en cuanto se consideren datos derivados del que sí parece ser criterio determinante de esa delimitación; a saber, el elemento objetivo o funcional.

Se trata, en definitiva, de atribuir una cierta homogeneidad al grupo de altos directivos laborales; lo que, a nuestro juicio, se puede conseguir si, en primer lugar, se advierte que el alto directivo es, frente al grupo denominado altos cargos no laborales (los miembros de los órganos de administración), trabajador por cuenta ajena. Por eso, en la delimitación "hacia arriba" del alto directivo lo importante no es tanto la función desarrollada - cuando, además, puede existir identidad sustancial-, sino la cualidad jurídica del sujeto en virtud de la cual la ejerce.

Y, en segundo lugar, en la delimitación "hacia abajo" del alto directivo, la razón de la especialidad de su relación laboral frente a la laboralidad común del directivo no alto está, no tanto en los meros elementos subjetivos, sino en el elemento funcional, es decir, en el carácter de las funciones ejercidas en cuanto "poderes inherentes del titular jurídico de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma". Elemento éste del que se derivan los restantes (elevada remuneración, capacidad técnico profesional, poder de representación y, sobre todo, una especialísima confianza) y que puede ser utilizado para diferenciar al alto directivo del directivo de régimen común porque ambos sujetos directivos son sujetos de un contrato de trabajo.

IV.ELEMENTO FORMAL EN LA CONFIGURACION JURIDICA DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCION

Comiencese por decir que, aun cuando sea jurisprudencia usual que la calificación jurídica de una relación no depende del "nomem" que las partes la asignen, sino de la naturaleza objetiva de las funciones que de ella se desprendan (174), lo cierto es que el "nomem" se mantuvo como indicio de la existencia de alto directivo la enumeración de cargos que el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 recogía. La teoría de la naturaleza de los actos se extendió a la segunda parte de dicho precepto, en cuanto al valor de las exclusiones que recogiesen las Reglamentaciones de Trabajo, existiendo sobre el mismo doctrina contradictoria, que ha influido hoy en supuestos concretos de trabajos de dirección en cuanto a su calificación como trabajo de dirección superior o media o como trabajos de alta dirección.

A.ENUMERACION DE CARGOS DEL ARTICULO 7º DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO DE 1944. EFECTOS

Recordemos que el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 enumeraba una serie de cargos que se entendían eran propios de la alta dirección, alto gobierno y alto consejo: "Director

General, Director o Gerente de la empresa, Subdirector General, Inspector General, Secretario General...".

Las dudas que suscitó el precepto legal fueron pronto despejadas por la jurisprudencia. Sobre el carácter enunciativo o taxativo de la enumeración legal, que se encabezaba con la expresión "o de otros semejantes", mantuvo con constancia que esa enumeración tenía un valor ejemplificativo o "ad exemplum" (175); podrían existir, pues, otros cargos semejantes a los mencionados por el precepto legal a los que conviniese su calificación como alto cargo. Pero, además, la mera denominación en un contrato del cargo ejercido como uno de los contenidos en la lista legal, no era factor o criterio determinante de su inclusión en la excepción que el artículo 7º contemplaba, ni, a la inversa, de su exclusión de las normas laborales por ser alto cargo (176).

En definitiva, para la jurisprudencia había que relacionar la enumeración con el primer apartado del artículo 7º; de esta forma el cargo estaría excluido de la legislación no porque fuese uno de los de la lista, sino porque quien lo desempeñaba ejercía las funciones de alto gobierno, alto consejo y alta dirección. Primaba, pues, el elemento objetivo, esto es, la función ejercida.

Lo mismo cabe afirmar hoy respecto del ámbito

subjetivo relación laboral especial de alta dirección; tanto más cuanto el R.D.1382/1985 abandona la enumeración de cargos. Lo importante, según su artículo 1º.2, es la función atribuida y realmente ejercida.

B.EXCLUSION DE CARGOS EN LAS REGLAMENTACIONES DE TRABAJO. SU INFLUENCIA ACTUAL.

Eran tres los elementos que encerraba el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 -función desarrollada, enumeración de cargos y remisión a las Reglamentaciones de Trabajo- para la determinación de los cargos excluidos de la legislación laboral.

Respecto a los dos primeros, ya hemos advertido que para la jurisprudencia no eran elementos alternativos, sino acumulativos; no bastaba que el cargo fuese uno de los incluidos en la lista, sino que era necesario que ese cargo ejerciese funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo.

Quedaba por resolver la cuestión relativa al valor de la remisión a las Reglamentaciones de Trabajo en cuanto a la calificación de determinados cargos como de alta dirección, alto gobierno o alto consejo y, en consecuencia, en cuanto a la delimitación del ámbito subjetivo de la exclusión prevista en el artículo 7º.

La cuestión, además de su valor histórico, adquiere hoy importancia por varios motivos.

En primer lugar, porque el mismo problema se plantea respecto a la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de los Convenios Colectivos, en los que aparezcan excluidos cargos con referencia, ahora, al artículo 2º.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.

En segundo lugar porque nos proporciona la pauta interpretativa de la Disposición Adicional del R.D.1382/1985, conforme a la cual "el personal excluido del ámbito subjetivo de las Ordenanzas Laborales actualmente en vigor, o de alguno de sus preceptos, que reúna las características y requisitos contenidos en el artículo 1º de este Real Decreto, se regirá por él". La interpretación de este precepto puede centrarse sobre varios supuestos concretos, como son, Director de Hotel, excluido de la Ordenanza de Trabajo de la Hostelería y Director de Periódico, excluido de la Ordenanza Laboral de Prensa, calificados hoy por la jurisprudencia como altos directivos.

B.1. Valor de la exclusión

Las Reglamentaciones u Ordenanzas Laborales, conforme al inciso final del artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 ("...y excluidos en las

correspondientes reglamentaciones de trabajo"), completaban la enumeración de cargos contenida en ese precepto legal. Demostración adicional de que la lista era meramente ad exemplum; junto a los altos cargos "legales" podrían existir otros en las reglamentaciones.

Admitido ésto, había que resolver una cuestión previa, que el precepto legal no resolvía; a saber, si las exclusiones contenidas en las Reglamentaciones tenían o no valor absoluto, si la autorización legal imponía algún límite a la determinación del ámbito subjetivo de las exclusiones previstas en las normas sectoriales. Téngase en cuenta que conforme al artículo 7º, y a su amparo, las reglamentaciones podían determinar qué sujetos del respectivo sector profesional eran altos cargos y, en función de esa calificación mantenerlos excluidos no sólo de la norma sectorial, sino de las normas laborales en general porque, en expresión del citado precepto legal, "no regirá esta Ley" [la Ley de Contrato de Trabajo] para los altos cargos excluidos en las correspondientes Reglamentaciones de Trabajo.

La ausencia de límite legal a la autorización del artículo 7º, produjo en la doctrina científica posiciones encontradas en cuanto a la delimitación del ámbito subjetivo de la exclusión posible por norma sectorial.

Para algunos la autorización legal tenía como

límite la necesidad de que los excluidos desempeñasen funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo; los cargos excluidos por las normas sectoriales lo serían, asimismo, de la Ley de Contrato de Trabajo, siempre y cuando en dichos cargos se diesen las características legales típicas de los altos cargos (177).

Pero frente a esta posición, se mantuvo otra partidaria de una interpretación amplia de la delegación en un doble sentido; la exclusión podía abarcar a toda clase de personas con independencia de la función que desempeñasen en la empresa (la autorización legal tendría, pues, un carácter amplísimo). Los cargos excluidos por las normas sectoriales lo estarían también de la Ley de Contrato de Trabajo, aun cuando no cumpliesen los requisitos de ésta para ser calificados como altos cargos; bastaba su mera exclusión por la Reglamentación aunque el supuesto alto cargo pudiese ser incluido en el ámbito subjetivo del artículo 1º de la Ley de Contrato de Trabajo (178). Esta posición doctrinal influyó en la jurisprudencia, para la que el inciso final del artículo 7º permitía que relaciones susceptibles de ser incluidas en el ámbito subjetivo de la legislación laboral, pudiesen ser excluidas en virtud de una disposición concreta de la Reglamentación correspondiente. En definitiva, el artículo 7º era una "norma en blanco", cuyo contenido lo fijan las reglamentaciones, que en virtud de la autorización

legal, lo integran y delimitan" (179). La exclusión en las reglamentaciones tenía para la jurisprudencia un valor constitutivo y la autorización legal era ilimitada.

Si las expuestas son las posibles interpretaciones del inciso final del artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo, hemos de inclinarnos por la primera por varios razones. En primer lugar, porque una delegación amplia iría en contra del carácter excepcional atribuido a la exclusión prevista en el precepto legal, según hemos afirmado en el capítulo primero. Segundo, porque el criterio de exclusión de la Ley de Contrato de 1944, frente a la de 1931, era claramente objetivo; el elemento o nota en que se basó el legislador era el de la función desempeñada. Tercero, derivado del anterior, el párrafo segundo del artículo 7º había de interpretarse en relación con el primero; los cargos enumerados han de ostentar las características previstas en el párrafo primero, es decir, han de ser sujetos que realicen funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo. Cuarto, porque la remisión legal a la exclusión prevista en las Reglamentaciones viene a completar la enumeración de cargos contenidos en el párrafo segundo de ese precepto; enumeración que, como se vió, tenía jurisprudencialmente un mero valor ejemplar.

Y esta fue la solución de la jurisprudencia posterior (180) que influyó en la redacción de la Disposición adicional del R.D.1382/1985, conforme a la cual se admite la exclusión prevista en las hoy vigentes Reglamentaciones de Trabajo -en virtud del Estatuto de los Trabajadores, Disp.Transitoria 2ª-, siempre que la misma cumpla la condición de que los sujetos excluidos puedan ser calificados como personal de alta dirección conforme a la definición legal de lo que éste es. En definitiva, se trata de determinar si el personal excluido por las ordenanzas son o no trabajadores especiales de alta dirección y en qué medida afecta esa calificación en la delimitación del ámbito subjetivo de las Reglamentaciones de Trabajo hoy vigentes.

Si la exclusión afecta a sujetos que admiten la calificación de trabajadores por cuenta ajena conforme a la definición del artículo 1º del Estatuto de los Trabajadores pero a los que no cabe atribuir en la actualidad la condición de altos directivos, conforme al artículo 1º del R.D.1382/1985, hay que indagar si la exclusión prevista en la reglamentación lo era sólo de la norma sectorial o, por el contrario, también de las normas laborales generales. En el primer supuesto, seguiría excluido de la norma sectorial; en el segundo, la exclusión sería nula por oponerse a los artículo 1º. y 8º del Estatuto de los Trabajadores (181); y, en ambos, al trabajador directivo no alto se le aplicarían las normas

laborales comunes.

Si, por el contrario, el excluido reúne las características del personal de alta dirección, se mantendrá la exclusión no sólo de la Reglamentación, sino también de las normas laborales generales o comunes; el alto directivo es ahora sujeto incluido en la legislación laboral como trabajador especial y, en consecuencia, se regirá por la norma laboral específica de esta relación laboral especial. También es posible la situación inversa; esto es, sujetos incluidos en las reglamentaciones que puedan ser calificados hoy como altos directivos conforme a la definición del artículo 1º del R.D.1382/1985. En este caso, la inclusión sería hoy válida, sólo a los efectos de la reglamentación y siempre que lo dispuesto en la misma no contradiga las normas imperativas del R.D., pero no a los de las normas laborales genrales.

Ejemplos de lo expuesto en la jurisprudencia son los que pasamos analizar de Directores de Hotel y Directores de medios de comunicación.

B.2.Exclusiones específicas en las Reglamentaciones de Trabajo. Análisis

1-Ha sido tradicioanl la exclusión del **Director de Hotel** del ámbito subjetivo de aplicación de las sucesivas Reglamentaciones de Trabajo de la

Hostelería. En este sentido, la Reglamentación de 30-V-1944 (Ref.Ar.859), derogada, no incluyó en su artículo 14 a los directores; la Orden 24 de julio de 1950 (Ref.Ar.973) declaró expresamente excluidos a los directores técnicos de hoteles; la vigente Ordenanza de Trabajo para la Industria de Hostelería, aprobada por Orden de 28 de febrero de 1974, (Dicc.Leg.15689) declara excluidas (artículo 3º) a "las personas que desempeñen en las empresas cargos de alta dirección, alto gobierno o alto consejo, en las que concurren las características y circunstancias contenidas en el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo".

Teniendo en cuenta esta regulación legal, ha sido también tradicional la confirmación jurisprudencial que el cargo de Director de Hotel es uno de los excluidos del ámbito de aplicación de las citadas Reglamentaciones y, lo que es más importante, del ámbito de aplicación de las normas laborales generales (182). Las razones aducidas por la jurisprudencia para la exclusión son las ya expuestas como interpretación del artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944: valor constitutivo de las exclusiones previstas en las reglamentaciones de trabajo en relación con el citado precepto legal. Específicamente, en cuanto al cargo de Director de Hotel, "al estar afectado por lo dispuesto en el artículo 3º de la Ordenanza de Trabajo de 1974 en relación con el artículo 7º de la Ley de Contrato de

Trabajo, es un alto cargo y, en consecuencia, está excluido de la relación laboral" (183).

Vigente el R.D.1382/1985, y con él su disposición adicional, el criterio jurisprudencial, mantenido incluso con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, ya no es suficiente. Hay que indagar, de nuevo, si el Director de Hotel es persona de alta dirección -con lo que se admitiría la exclusión de la Reglamentación pero al que habría de aplicarse el citado R.D. de alta dirección (por ser una relación laboral de carácter especial)- o, por el contrario, no cabe esa calificación para el Director de Hotel. En la segunda solución, habría aún que estudiar si esta actividad directiva es relación laboral (aunque no especial de alta dirección) o carece de carácter jurídico-laboral; si lo primero, podría mantenerse aún la exclusión de la Reglamentación de Hostelería, pero, al no ser relación laboral especial, se aplicaría el régimen jurídico de la relación laboral común; si lo segundo, el Director de Hotel seguiría excluido de la Reglamentación y de la legislación laboral común basándose, no en la función que el Director de Hotel desempeña, sino en la exclusión prevista en esas Reglamentaciones. Desde estas perspectivas, pues, el elemento fundamental para dar hoy una solución no es otro que el denominado elemento funcional u objetivo (184), es decir, el conjunto de facultades

que asume y ejerce el Director de Hotel. No es suficiente declarar que el Director de Hotel es un puesto de confianza (por lo que puede ser libremente cesado, conforme al artículo 12 del Estatuto de Directores de Establecimientos de Empresas Turísticas, aprobado por O.M. de 11 de agosto de 1972) o que "ostenta la representación de las empresas en los establecimientos a su cargo" (artículo 9º del Estatuto citado) o que se trata de un técnico especializado; todos éstos, como ya hemos visto, son elementos subjetivos que poco aclaran en la delimitación del alto directivo.

En suma, la exclusión prevista en la Reglamentación de Trabajo de la Hostelería afecta, no a todos los Directores de Hoteles, sino sólo a los que, por la índole de sus funciones, merezcan la denominación de altos directivos. Es posible que existan directores de hotel-altos directivos y directores de hotel-directivos de régimen común o directivos no altos (185) según las funciones que realicen.

Por supuesto, es posible distinguir el director de hotel del alto directivo de la sociedad explotadora del negocio; lo es también distinguir la situación del Director de Hotel tradicional de la del Director de Establecimiento Hotelero encuadrado en un grupo o cadena hotelera; piénsese en este segundo supuesto en su similitud con las sucursales bancarias y la persona que ejerce las funciones de Dirección en

las mismas. Se trata, en definitiva, de aplicar a esta materia, como expusimos en su momento, el criterio interpretativo por el que decididamente optamos; a saber, aplicación restrictiva del R.D.1382/1985, de 1 de agosto.

2-Los Directores de Medios de Comunicación
(Director de Periódicos, de Revistas, de Emisoras de radio...) son ejemplo de personal excluido de la norma sectorial y de las normas laborales generales. Su exclusión va más allá de la de los Directores de Hoteles, porque no sólo se califican como altos cargos sino que, expresamente, se declara que su relación es civil.

En cuanto a las normas sectoriales estrictamente laborales, la Reglamentación Nacional de Trabajo de Prensa de 23 de marzo de 1971 (Ref.Ar.756), derogada, contenía un precepto similar al artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 -artículo 2º.a'): "quedan excluidos de las presentes normas las funciones de alto consejo, en todo caso, y las de alta dirección y alto gobierno, características de los siguientes cargos: Director, Gerente, Secretario, Administrador General y aquellos otros contemplados en el art.7º de la L.C.T."-, interpretado por la jurisprudencia en el sentido de excluir a los directores por entenderlos altos cargos ((186). La Ordenanza Laboral de Prensa de 9 de diciembre de 1976

(Rf.Ar.1977, 160), actualmente en vigor, excluye expresamente (artículo 2º) sólo "la actividad que se limite, pura y simplemente, al desempeño de Consejero en las Empresas que revistan la forma jurídica de Sociedad"; lo que podría significar dos cosas (187), que, al haberse dictado ya la Ley de Relaciones Laborales, no se quisiera hacer una exclusión tajante del Director al reputarlo como personal laboral de carácter especial; o que se admitiera, tácitamente, que la relación era civil.

La Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 (Ref.Ar.519) calificaba la relación existente entre el director de una publicación y la empresa editora como "contrato civil de prestación de servicios" (artículo 40.2) y el Estatuto de la Profesión Periodística, aprobado por Decreto 744/1967 de 13 de abril, reitera esa calificación en sus artículos 33.2, 34, 36.1 y 39, entre otros. En aplicación de estas normas, los tribunales laborales se veían liberados de la indagación de si ese cargo era o no de alta dirección; simplemente se abstendían de conocer en favor de la jurisdicción civil (188).

El problema se plantea cuando la jurisprudencia laboral pretende demostrar que en la relación faltan los elementos básicos del contrato de trabajo, ajenidad y, si se quiere, dependencia (189). Si a ello unimos que el Estatuto de la Profesión Periodística admite el libre desistimiento del empresario como causa de extinción del contrato

(artículo 33), se comprende el cambio de línea jurisprudencial social en el sentido de entender que esa relación es laboral de carácter especial. Laboral, porque la jurisprudencia actual, pese a los intentos de justificación del carácter civil de la relación, parece no admitir ahora, y para este supuesto, la diferenciación entre contrato de trabajo y arrendamiento de servicios regulado por el Código Civil; porque, como expusimos, no existen elementos jurídicos para fundamentar esa diferencia, por lo que, el Director de publicación puede ser sujeto de un contrato de trabajo. Especial, porque tras la entrada en vigor del R.D.1382/1985, sólo es admisible el desistimiento "ad nutum" si el cargo de dirección lo es de alta dirección conforme a su definición.

Esta es, precisamente, la cuestión central a que debe enfrentarse la jurisprudencia actual; a saber, si el Director de Periódico es o no alto directivo, porque, si no lo es no se puede aplicar analógicamente el R.D. de alta dirección (vid., lo expuesto para Jefes de Máquinas y Capitanes de buque), aunque se califique el cargo como de confianza, más aun si se tiene en cuenta que en la mayoría de los supuestos se trata de prestación de servicios en "una empresa de tendencia".

También aquí se manifiesta la contradicción jurisprudencial en cuanto al ámbito subjetivo del R.D.1382/1985; en un plano abstracto y general la jurisprudencia mantiene que la relación laboral común

es la regla general y la especial de alta dirección la excepción y que, en consecuencia, ha de interpretarse restrictivamente el ámbito subjetivo que traza el R.D. Pero, este criterio interpretativo se rompe cuando se quiere dar solución a supuestos concretos de exclusión tradicional, como es el caso de capitanes de buque, directores de hoteles y, ahora, directores de medios de comunicación. En todos estos supuestos, y advirtiendo la intrascendente relevancia de los datos o elementos subjetivos, se va a una interpretación amplia del elemento objetivo de la función, en que se basa la definición legal del alto directivo propuesta por el artículo 1º del R.D.1382/1985, que permite afirmar, en primer lugar, que el Director de Periódico es alto directivo, y, en segundo lugar, que el Estatuto de la Profesión Periodística (artículo 34) y la Ley de Prensa de 1966 (artículo 40.2) quedan derogados en cuanto califican la relación existente entre el director de una publicación periódica y la empresa editora como contrato civil de prestación de servicios (190).

Aprecíese que, aunque se afirme que la expresión del artículo 1º.2 del R.D.1382/1985 "poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa" "hace referencia a la intensidad del poder, no a su extensión en lo territorial o funcional, de suerte que en sectores concretos de la empresa puede desplegarse la actividad del alto directivo ya que, en definitiva, la esencia de éste consiste en participar

e intervenir en la dirección y gobierno de la empresa"; y que la expresión "poderes relativos a los intereses generales de la empresa" "hace referencia al ejercicio de un poder superior que puede determinar el sentido de la marcha de la empresa de la misma forma que lo haría su titular, sin sometimiento a otros órganos intermedios, pero, dada la complejidad estructural actual de muchas organizaciones empresariales, las decisiones pueden ser tomadas en áreas concretas o en sectores claves de su actividad, en las que, sin embargo, se encuentran implicados los objetivos generales de la empresa que engloban a todas esas áreas o sectores" (191). Aunque ésto se afirme, decíamos, y ésta sea la jurisprudencia actual respecto a la interpretación para este supuesto concreto y específico de la definición del artículo 1º.2 del R.D.1382/1985, la cuestión es si el Director de Periódico, además de ser un cargo de confianza, ostentar la representación del medio informativo en las materias de su competencia -como son la orientación y determinación del contenido de la publicación- y ser altamente cualificado, ejerce sólo funciones de dirección meramente técnico-laborales en cuanto las normas mencionadas le encomiendan la organización práctica del trabajo de la redacción (artículos 5º y 17 de la Ordenanza Laboral de 1976 y 27 del Estatuto de la Profesión Periodística), y aun cuando, por supuesto, el periódico o revista que dirija sea uno de los

elementos del objeto social del empresario; o, por el contrario, sus funciones son de dirección económico-financiera, determinado el sentido de la marcha del objeto social a través de la organización en su conjunto de la actividad empresarial en que aquél consiste. En el primer supuesto, el Director sería trabajador directivo de régimen laboral común; en el segundo, alto directivo de régimen laboral especial.

Pero, hemos de advertir que, como en el supuesto del Director de Hotel, no es posible una calificación genérica para todos los supuestos de Director de publicaciones periódicas; hay que individualizar los supuestos. Piénsese, en la diferencia entre el que el empresario-editor tenga como objeto social único la publicación de una revista o periódico determinado o que esa publicación sea una más de las que edita ese empresario; o la diferencia entre que el Director o Directores de Periódico estén sometidos a las instrucciones de un Director General o, por el contrario, dependan directamente del órgano de administración.

Notas al Capítulo Tercero

(1)-Vid., supra, capítulo segundo, Introducción

(2)-Vid., como ejemplo, STS, 24-XI-1989 (Ar.8248), conforme a la cual, "el alto cargo es la excepción a la regla general del trabajador común y por ello su calificación ha de ser interpretada restrictivamente, existiendo una presunción iuris tantum en favor del trabajador ordinario y común, aunque tenga el carácter de ejecutivo cualificado"; también, en el mismo sentido, SSTs de 27-IX-1982 (Ar.5286), 12-IX-1990 (Ar.6998), 2-I-1991, (Ar.43); TSJ Galicia, 18-II-1991 (Ar.Social, nº9, 1991, Ref.1535). Otras veces, el fundamento de esta interpretación restrictiva se busca en la propia regulación establecida en el R.D.1382/1985, que limita de forma importante la protección que el ordenamiento otorga a los trabajadores (STS 11-VI-1990, Ar.5050).

Ahora bien, si esta es la posición jurisprudencial en abstracto, hay que tener en cuenta (como veremos detenidamente) que, en determinados supuestos concretos de delimitación entre alto directivo y directivo no alto, amplía la calificación de aquel y para ello, no hay que olvidarlo, ha de interpretar extensivamente los elementos de la definición legal de alto directivo propuesta por el R.D.1382/1985, de 2 de agosto. Ejemplos son los supuestos de Capitán de Buque, Patrón de Pesca, Directores de Periódico, Directores de Hoteles

(3)-**ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.:** Derecho del Trabajo; cit., 12ª edición, Madrid, 1991; pág.77

(4)-Vid., en este sentido, STS de 16-XI-1933 (Ar.520)

(5)-En este sentido, **BORRAJO DACRUZ, E.:** Altos Cargos..., cit., págs.33 y 37

(6)-Ha sido tradicional en la jurisprudencia esta distinción, utilizando para ello la terminología mencionada.

Sin hacer ahora mención a los elementos de la distinción, sino a la terminología adoptada, vid., empleando la expresión DIRECTOR TECNICO, entre otras, las SSTs de 30-IX-1965 (Ar.4456); 18-X-1967 (Ar.3868); 5-III-1968 (Ar.1245); 8-III-1973 (Ar.962), en las que expresamente se afirma que el Director Tecnico no es alto cargo. Vid., también SSTs de 5-III-1951 (Ar.642); 5-VII-1963 (Ar.3151); 30-IX-1965 (Ar.4456); 28-XII-1965 (Ar.5839); 16-VI-1977 (Ar.3175) y SCT de 31-X-1974 (Ar.4448).

Empleando el termino DIRECCION ESPECIALIZADA, SSTs de 17-I-1966 (Ar.1149); 30-IX-1976 (Ar.3828); 24-IV-1978 (Ar.1615).

(7)-Vid., entre otras, las siguientes SSTs, 30-IV-

1953 (Ar.1194); 25-XI-1954 (Ar.2788); 14-III-1956 (Ar.912); 16-II-1957 (Ar.648); 21-VI-1965 (Ar.4284); 13-III-1967 (Ar.1114); 21-XI-1967 (Ar.3997); 16-XI-1971 (Ar.4350).

(8)-La contradicción es muy frecuente; y, lo que es más importante, hay que tener en cuenta que no existe una evolución cronológica en lo que al criterio interpretativo del ámbito subjetivo del artículo 7º se refiere.

La distinción pues entre ambos cargos directivos es oscilante en la doctrina jurisprudencial y llega hasta la actualidad. Vid., como ejemplo y relativo a la extensión territorial de la actividad directiva desarrollada, las siguientes SSTS 4-III-1965 (Ar.2067), 6-V-1981 (Ar.2100), 30-III-1981 (Ar.1417), conforme las cuales, no es alto cargo aquél que ejerce la función directiva en una zona determinada; en contra, STS 25-XI-1981 (Ar.4600).

En definitiva, como veremos detenidamente, de lo que se trata es de analizar si el elemento de distinción entre Dirección Técnica y Dirección de la empresa está en la extensión territorial y/o funcional de la actividad directiva ejercida o en el grado de intensidad con que la misma se desarrolle.

(9)-Vid.SCT de 6-V-1981 (Ar.2100), que cita sentencias anteriores de 1967 y 1979, recogiendo así la posición jurisprudencial anterior. También, vid., SSCT de 30-III-1981 (Ar.1417); 15-XII-1982 (Ar.6702).

(10)-STS de 19-I-1953 (Ar.193)

(11)-Vid. SSTs de 5-II-1954 (Ar.135); 15-III-1955 (Ar.1004); 7-VI-1955 (Ar.1992); 14-X-1955 (Ar.2862), entre otras.

(12)-**BORRAJO DACRUZ, E.:** Altos Cargos...cit., pág.38

(13)-Numerosas son las sentencias sobre el valor meramente enunciativo del elenco de cargos recogidos en el art.7º LCT; pueden consultarse, entre otras, las siguientes SSTs: 7-VI-1946 (Ar.769); 30-IX-1946 (Ar.1114); 28-III-1951 (Ar.681); 9-V-1953 (Ar.1226); 17-VI-1953 (Ar.1605); 25-XI-1954 (Ar.2788); 28-IV-1966 (Ar.2211); 21-V-1968 (Ar.2819); 30-V-1968 (Ar.2845); 5-XII-1968 (Ar.5587); 27-XII-1968 (Ar.5931); 20-XI-1970 (Ar.4542); 30-IX-1976 (Ar.3828); 17-V-1977 (Ar.2654); 24-V-1978 (Ar.2098); 26-X-1981 (Ar.4040); 25-XI-1981 (Ar.4600).

(14)-SCT de 30-IX-1980 (Ar.4687), que es la primera sentencia que establece la triple distinción. También, posteriormente, SCT de 2-V-1984 (Ar.3917)

(15)-Algún autor distingue cuatro grupos; en este sentido, **IGLESIAS CABERO, M.:** Relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección;

Edit., Civitas; Madrid, 1991, págs.20-21. De los cuatro grupos que distingue, los tres primeros coinciden con los señalados en el texto; pero el cuarto "personas que no participan en manera alguna del poder de dirección y organización del empresario", nada tienen que ver con trabajadores directivos y, en consecuencia, induce a error

(16)-Se plantea esa duda, entre otras, en las sentencias siguientes **SSCT** 10-III-1977 (Ar.1450); 10-I-1978 (Ar.8); 13-III-1979 (Ar.1628); 23-X-1979 (Ar.5832); 29-IV-1981 (Ar.2866); 27-XI-1986 (Ar.6726), F.D.2º, en las que si bien se afirma que no se aplica la legislación laboral porque no había sido objeto de regulación, conforme a las Disp.Adicional 4ª y Transitoria 1ª de la L.R.L., Disp.Adicional 2ª del E.T. y Disp.Adicional 1ª de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, a continuación se afirma que el nexo contractual entre el calificado como alto cargo y el empresario no es laboral, al no concurrir los requisitos prevenidos en el artículo 1º de la L.P.L.

(17)-En este mismo sentido, **FERNANDEZ LOPEZ, Mª F. Y RODRIGUEZ-PIÑERO, M.:** "La relación laboral especial....(I)", cit., pág.11

(18)-Vid. STS 4-IV-1933 (Ar.3848)

(19)-Vid.STS 1-V-1944 (Ar.608). La doctrina italiana va más lejos en la delimitación del término "altos funcionarios" y entiende que la misma puede referirse indistintamente a los administradores y al Director General; vid., **BORGIOI, A.:** I Direttori Generali di Società per Azioni; Edit.Giuffrè, Milano, 1975, pág.207

(20)-Vid., supra, sentencias mencionadas en nota 13
Tengase en cuenta que este criterio interpretativo acerca del valor de la enumeración de cargos recogida en el párrafo 2º del artículo 7º permite ampliar "hacia arriba" el ámbito subjetivo de la exclusión, es decir, hacia aquellos sujetos que desempeñan, genericamente, cargos de administración, siempre, claro está, que las funciones desempeñadas por estos fueran semejantes a las que ejercen los sujetos comprendidos en la definición; Vid., SSTs de 7-VI-1946 (Ar.769); 9-V-1953 (Ar.1226); 1-VII-1953 (Ar.1933).

(21)-STS 22-X-1956 (Ar.3461).

La expresión "no exclusivamente" bien pudiera hacer mención a que el Consejo de Administración es, simplemente, uno de los cargos de administración de la sociedad.

Por eso, la doctrina interpretó que el termino "alto consejo" se refería a los miembros de los órganos de administración de una sociedad, sea cual

fuere la estructura de ese órgano. En este sentido **BORRAJO DACRUZ, E.:** Altos Cargos ..., cit., pág.

En contra **AA.VV.:** "Cargos directivos", cit., pág.10-11, para quienes "alto consejo" se refiere "al informe y asesoramiento esporádico y eventual que una empresa puede solicitar del profesional libre...".

(22)-**ALONSO OLEA, M.:** Derecho del Trabajo; Madrid, 1971, págs.17 y ss; vid., también, **CLEOFÉ SANCHEZ, D.:** "Jurisprudencia en torno...", cit., pág. 169

(23)-Vid., por ejemplo, STS de 16-II-1957 (Ar.648), en la que se advierte que el Vocal del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima está incluido en el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 en relación a su función desempeñada, de la que se deriva la falta de dependencia.

(24)-Vid. **MARTIN VALVERDE, A.:** "El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho individual del Trabajo y en el Derecho de la Seguridad Social"; R.P.S., nº71, 1966, págs. 74 y 79.

(25)-STS (Cont.adm.) de 30-XI-1951 (Ar.2510)

(26)-STS (Cont-adm,) de 7-X-1950 (Ar.1483)

(27)-STS (Cont-adm.) de 17-XII-1955 (Ar.3741)

(28)-**MARTIN VALVERDE, A.:** op.ult.cit., pág.84

(29)-Vid., en este sentido, STS (cont-adm.) de 29-IX-1971 (Ar.4004)

(30)-Esta distinción puede apreciarse también en otras normas de Seguridad Social hoy vigentes. Vid., como ejemplo, el art.1º.3 de la Orden de 28 de diciembre de 1966, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 30 de diciembre de 1966)

(31)-Esta afirmación ha sido (y sigue siendo) constante en la Jurisprudencia y se emplea en un doble sentido; así, desde la perspectiva laboral, en un primer momento, cuando los altos directivos estaban excluidos de la legislación laboral, para negar a su afiliación a la Seguridad Social el valor de elemento determinante del carácter laboral de su relación con el empresario. Vid., entre otras muchas, **SSTS** 3-III-1971 (Ar.1356), 27-X-1971 (Ar.4033); 6-VII-1982 (Ar.4549); 25-IX-1982 (Ar.5278); 15-VI-1983 (Ar.4265); 13-IV-1984 (Ar.2092). También, **SCT**, 17-XI-1988 (Ar.7160).

Después, en la actualidad, para negar también ese valor en el supuesto de determinados cargos orgánicos de administración hoy excluidos de la

legislación laboral en virtud de lo dispuesto en el art.1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores y a los que la jurisprudencia contencioso-administrativa considera incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social. Vid., SSTS (social) 19-IV-1988 (Ar.2989), 9-V-1990 (Ar.3983), 5-XII-1990 (Ar.9755)

Y la afirmación contraria a la del texto es la mantenida desde la perspectiva contencioso-administrativa; a saber, "que el hecho de estar fuera del ámbito del Estatuto de los Trabajadores no produce automática y correlativamente la exclusión del régimen de la Seguridad Social", conforme a STS (Cont-adm.) de 27 de marzo de 1989 (Ar.2131)

(32)-Vid., en este sentido, **DE LA VILLA, L.E. y DESDENTADO, A.:** Manual de Seguridad Social; Pamplona, Edit. Aranzadi, 2ª edic., 1979, pág.254-2555. En la Jurisprudencia, STS (cont-adm) de 25-V-1976 (Ar.3021)

Para **ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.:** Instituciones de Seguridad Social; Edit.Civitas, 12ª edic., Madrid, 1990, pag.355, "si no se hiciera tal declaración hubiera habido que considerarlos excluidos...".

(33)-Vid.SSTS (Cont-adm.) de 25-V-1976 (Ar.3021); 19-X-1988 (Ar.7730); 8-III-1990 (Ar.2011), con mención de otras sentencias anteriores; 4-VI-1990 (Ar.4649); 25-X-1990 (Ar.7454); 9-XI-1990 (Ar.8470).

(34)-Se trata, a nuestro juicio, de distinguir diferentes situaciones del posible socio o partícipe de una sociedad a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social:

1ª.el socio puede realizar trabajos por cuenta ajena para la Sociedad, "pues repercuten en favor de una persona jurídica distinta" (la propia sociedad)

2ª.que en virtud de ese trabajo por cuenta ajena, sea o no de alta dirección, estará incluido en el Régimen General de la Seguridad Social (vid., STS -cont-adm.- de 15-XI-1990, Ar.8481). En el primer supuesto, en aplicación de lo dispuesto en el art.61.1 de la L.G.S.S.; en el segundo, en virtud de lo establecido en su art.61.2.a).

3ª.que ese socio puede realizar también trabajos de naturaleza mercantil, ocupando en esa Sociedad cargos orgánicos de administración. En este supuesto, y aun cuando se hable de la personalidad jurídica distinta de la Sociedad frente a los socios, la cuestión ha resolver es si está incluido en el Régimen General de la Seguridad Social.

Para la jurisprudencia la solución es la inclusión, aun cuando sean socios, si actúan como administradores...y desarrollan funciones que no se contraigan exclusivamente a las propias de los Consejeros.

A nuestro juicio, estarían excluidos, no por ser socios de la Sociedad, sino, precisamente, por actuar como administradores (empleando este termino en su

acepción técnica de cargos orgánicos de Administración de la Sociedad), sea cual fuere la forma en que esté organizado el Organo de Administración de esa Sociedad. Se trata en definitiva de interpretar ampliamente la exclusión legal prevista en el art.61.2.a) de la L.G.S.S., aun cuando ha venido siendo rechazada por la Jurisprudencia contencioso-administrativa, según exponemos en el texto a continuación.

(35)-En estos otros supuestos, pues, se afirma que se trata de "trabajadores por cuenta ajena en los cargos directivos de la empresa"; Vid.STS (Cont-adm.) de 30-IX-1976 (Ar.4906), respecto a Administrador de Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Vid. también, para Administrador de Sociedad Anónima, STS (cont-adm.) de 4-VI-1976 (Ar.3097).

Para el supuesto de Administrador Solidario, STS (cont-adm.) de 26-IV-1990 (Ar.2845).

Para Administrador Unico de Sociedad Anónima, STS (cont-adm.) de 27-III-1989 (Ar.2131); en contra, SSTs (cont-adm.) de 19-VI-1990 (Ar.4680) y de 26-IV-1991 (Ar.3334). Téngase en cuenta que en esta última sentencia mencionada la interpretación del ámbito subjetivo del art.61.2.a) L.G.S.S. se lleva a cabo desde la interpretación del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo, es decir, previa determinación de la inclusión del cargo de administrador único en el art.1º.3.c) del E.T.; con lo que, parece, la jurisprudencia contencioso-administrativa está advirtiendo actualmente que la pretendida autonomía entre normas de seguridad social y normas de trabajo propiamente dichas no ha de ser aplicada en estos supuestos. En definitiva, la determinación de quiénes sean los "que trabajan por cuenta ajena en los cargos directivos" debe hacerse desde la interpretación de las normas laborales.

(36)-STS (cont-adm.) de 3-VII-1975 (Ar.3810)

(37)-STS (cont-adm.) de 19-I-1980 (Ar.1978)

(38)-SSTs (cont-adm.) de 25-X-1989 (Ar.7008); 25-I-1990 (Ar.2003); 25-X-1990 (Ar.7454); 22-XI-1990 (Ar.8489).

Tengase en cuenta que, en la actualidad, la jurisprudencia contencioso-administrativa no sólo interpreta el ámbito subjetivo de la exclusión prevista en la Ley General de Seguridad Social, sino también el ámbito subjetivo del art.1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores; así, claramente, para el supuesto de Consejero-Delegado: "no puede encuadrarse en el art.1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores" (STS, cont-adm., de 22-XI-1990 (Ar.8489); y para el supuesto de Administrador único de S.A., STS (cont.adm.) de 26-IV-1991 (Ar.3334)

(39)-Para algunos autores, sin embargo, la Ley de

Relaciones Laborales, "no supo o no pudo traducir al lenguaje jurídico la voluntad o el deseo de deslindar una serie de figuras en las cuales no se dan las notas sustantivas definidoras del contrato de trabajo...", **SALA FRANCO, T. y GARCIA NINET, J.I.:** "Consejeros y Administradores de Sociedades", en Comentarios a la Leyes Laborales, dirigidos por BORRAJO DACRUZ, E.; Tomo I, Edit. Edersa, Madrid, 1990, pág.125.

También, **LOPEZ MEDRANO:** La separación de los administradores de la Sociedad Anónima; Libr. Bosch; Barcelona, 1986, pág.104

(40)-Vid., en este sentido, **SSTS** 21-VI-1965 (Ar.4284); 18-X-1965 (Ar.4735); 20-VI-1967 (Ar.2329); 27-X-1971 (Ar.4034); 27-XI-1972 (Ar.5463), 30-V-1974 (Ar.2350); 18-II-1978 (Ar.662); 4-V-1979 (Ar.1903), con cita de otras anteriores, 5-V-1983 (Ar.2343), 16-XI-1983 (Ar.5603), 13-IV-1984 (Ar.2092).

Vid., también, **SSCT** 22-IV-1977 (Ar.2214), 14-X-1977 (Ar.4806), 30-IV-1979 (Ar.2687), 15-I-1985 (Ar.208).

Si de alguna forma pudiera resumirse el argumento de la jurisprudencia para no admitir la concurrencia, podríamos afirmar que, en su opinión, "mal puede compaginarse la condición de trabajador por cuenta ajena y ser al mismo tiempo empresario"

Para un estudio más detallado sobre la concurrencia de trabajos, uno excluido de la legislación laboral, otro incluido, y un análisis de la jurisprudencia sobre esta cuestión, vid., infra, apdo. II.B.4.4., de este mismo Capítulo (para administrador y trabajador directivo "común") y Cap.4º, II.C.2.2. (para administrador y trabajador directivo "especial").

(41)-Esta acepción amplia en **FERNANDEZ LOPEZ, MªF. y RODRIGUEZ-PIÑERO, M.:** "La relación laboral especial...(I)", cit., pág.12; **SALA FRANCO, T.:** La relación laboral de los altos cargos..., cit., pág.30

(42)-El legislador, pues, excluye de la legislación laboral aquellos cargos que, incluibles en la expresión "Alto Consejo" del artículo 7º de la L.C.T. de 1944, habían sido declarados ya por la Jurisprudencia excluidos del ámbito del Derecho del Trabajo.

Así, puede realizarse del modo siguiente la clasificación de los cargos de administración excluidos hoy conforme al artículo 1º.3.c):

1-Por lo que respecta a la Sociedad Anónima y a las diferentes formas de organización de sus órganos de administración:

1.1.Administración colectiva colegiada o Consejo de Administración. Han de entenderse excluidos de la legislación laboral los siguientes cargos, en cuanto tales:

1.1.a.Miembros del Consejo de Administración;

vid., entre otras, las siguientes **SSTS**, 16-II-1957 (Ar.648); 18-X-1965 (Ar.4735), 20-VI-1967 (Ar.2329), 25-III-1975 (Ar.1815), 18-II-1978 (Ar.662), 17-V-1985 (Ar.2727), 5-III-1990 (Ar.1758), 25-V-1990 (Ar.4499). Vid., también, las siguientes **SSCT**, 28-XI-1974 (Ar.5063), 6-XI-1975 (Ar.4858), con cita de jurisprudencia anterior, 3-VII-1979 (Ar.4654), 5-XII-1985 (Ar.6780).

1.1.b)-Presidente del Consejo de Administración, **SSTS** 9-XI-1976 (Ar.5169); 6-IV-1977 (Ar.2362); 18-IV-1986 (Ar.2202), 24-X-1988 (Ar.8138), 11-XII-1990 (Ar.9767).

1.1.c)-Vicepresidente del Consejo de Administración, **SSTS** 3-X-1978 (Ar.3011); 1-IV-1985 (Ar.1835), 17-V-1985 (Ar.2727), 20-VI-1985 (Ar.3434); vid., también, **SCT** 17-I-1986 (Ar.237), con cita de otras muchas.

1.1.d)-Secretario del Consejo de Administración; Vid., **SSTS** 4-X-1960 (Ar.2989), 22-IX-1986 (Ar.5015), 18-VII-1988 (Ar.6157); también, **SSCT** de 28-X-1977 (Ar.5240), 15-VII-1983 (Ar.7069), 24-VII-1984 (Ar.6607).

1.1.e)-Miembro de Comisión Ejecutiva; vid., **SSTS** 27-X-1971 (Ar.4043), 9-IX-1988 (Ar.7143), 21-I-1991 (Ar.65); **SCT** de 18-XI-1982 (Ar.6450).

Respecto al Consejero-Delegado, no se hace aquí mención de la Jurisprudencia existente porque la misma no es unánime; el problema que plantea este cargo para su inclusión/exclusión de la legislación laboral será estudiada posteriormente cuando hagamos mención al tema de las Funciones. Vid., infra, Capítulo Cuarto, apartado II.C

1.2-Está también excluido el Administrador Único de una Sociedad anónima; vid., entre otras, **SSTS** de 8-XI-1982 (Ar.6507), 20-II-1983 (Ar.102); 4-III-1985 (Ar.1266), 24-II-1987 (Ar.1111), 19-IV-1988 (Ar.2989); 19-X-1988 (Ar.8116); 18-XII-1989 (Ar.9035); 21-III-1990 (Ar.2199); 9-V-1990 (Ar.3983); 14-XII-1990 (Ar.9787); (cont-adm) 26-IV-1991 (Ar.3334)

1.3-Administrador Solidario de una Sociedad Anónima; vid., STS 14-XI-1985 (Ar.5777)

1.4-Administrador Mancomunado; vid., STS 13-V-1987 (Ar.3694)

2-Atendiendo a la **Sociedad de Responsabilidad Limitada**, el Administrador de la misma también es un cargo excluido; vid., STS 27-VII-1990 (Ar.6486)

3-Respecto a las **Sociedades Cooperativas**, es cargo excluido, conforme al art.1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, el de Presidente del Consejo Rector de la misma; vid., en este sentido, STS 19-IX-1988 (Ar.6915)

(43)-Vid., en este sentido, STS de 13-V-1987 (Ar.3694), para el supuesto de Administrador mancomunado que "...se contrató como trabajador de la misma con contratos de duración determinada"; STS de 19-IV-1988 (Ar.2989), para el supuesto de Administrador Unico que "se dio de alta en la Seguridad Social como Gerente de la Sociedad..., se inscribió en el Libro de Matrícula del Personal de la empresa..." elevándose la remuneración.

En la actualidad, la jurisprudencia ha intentado una caracterización general de la situación expuesta en los siguientes términos: " quien ostenta cargo societario que le inviste de poderes para efectuar contrataciones laborales, no podrá efectuar contratación consigo mismo, sado que se estaría en presencia de autocontratación no permitida, en tanto que incidiría sobre intereses contrapuestos", STS 9-V-1991 (Ar.3794).

(44)-Vid., en este sentido, **SSTS** (social), 22-XII-1989 (Ar.9073), 23-I-1990 (Ar.196). **SCT** 28-X-1987 (Ar.23336).

Desde la ajenidad, vid., SSCT 28-X-1987 (Ar.23332), 5-IV-1988 (Ar.2926), 11-X-1988 (Ar.6321), 18-IV-1989 (Ar.2866), 9-V-1989 (Ar.3489). Y, en la doctrina, vid., **CAPILLA RONCERO, F.:** "Comentarios a los artículos 1665 a 1708 del Código Civil", en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M.ALBALADEJO; Tomo XXI, Vol.1º; Edit.Edersa, Madrid, 1986, pág.224 y ss.

Desde la dependencia, SSCT 27-IX-1988 (Ar.5747), 17-I-1989 (Ar.587). Y, en la doctrina, **CABRERA BAZAN, J.:** "Contrato de trabajo y contrato de sociedad", R.P.S. nº54, 1962, pág.77 y ss.

(45)-Porque, en definitiva, "el socio industrial [...] asume los riesgos de la explotación". **CAPILLA RONCERO, F.:** op. ult.cit., pág.226.

En la Jurisprudencia, SSTS 7-VI-1989 (Ar.4546), 18-III-1991 (Ar.1869).

También SSCT 24-XI-1987 (Ar.26104), 1-III-1989 (Ar.1955).

(46)-Vid.SCT 13-V-1987 (Ar.3695); STS 9-V-1991 (Ar.3794).

(47)-En este sentido, SSTS 25-X-1990 (Ar.7714), 18-III-1991 (Ar.1869), 9-V-1991 (Ar.3794).

También, SSCT 5-II-1986 (Ar.658), 20-XI-1987 (Ar.25755).

(48)-Vid., SSCT 28-VI-1982 (Ar.3920), 2-II-1983 (Ar.893), 3-VI-1987 (Ar.12123)

(49)-Sobre la simulación de un contrato de trabajo, vid., últimamente, STS (social) 6-II-1989 (Ar.690).

Respecto a los elementos mencionados, la

jurisprudencia ha declarado que la participación social debe ser poco importante; en este sentido, vid. STS 25-VII-1990 (Ar.6471) y SSCT 7-IX-1988 (Ar.5667), 7-II-1989 (Ar.1382).

Sobre la participación de beneficios, SSCT 28-X-1987 (Ar.23336), 24-XI-1987 (Ar.26104), 27-IX-1988 (Ar.5747).

(50)-Para **DE CASTRO Y BRAVO, F.:** La persona jurídica; Edit.Civitas, Madrid, 1981, pág.42, "si se quiere utilizar la persona jurídica como concepto técnico, será preciso partir de que la Sociedad Anónima no merece la consideración de persona jurídica".

Vid., un estudio de las diferentes posiciones doctrinales en **IGLESIAS PRADA, J.L.:** Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima; Edit.Tecnos, Madrid, 1971, págs.36 y 37, nota 16

(51)-**URIA, R.:** Derecho Mercantil; 17ª edic., Edit.M.Pons, Madrid, 1990, pág.160

(52)-Aun cuando nos refiramos específicamente a estos tres tipos de sociedades mercantiles, ha de tenerse en cuenta que para el resto de sociedades mercantiles cabe hablar también de órganos de administración, aun cuando el Código de Comercio utiliza la expresión gestores para las compañías colectivas (artículo 125) y para la comanditaria simple (artículo 148).

(53)-Una exposición de las diferentes teorías en **MINERVINI, G.:** "Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private", Riv.Trim.di dir.e proc.civ., nº2, 1953, pag.940 y ss; según manifiesta el autor, cabe distinguir tres posiciones en la doctrina. Una, conforme a la cual el órgano es parte integrante de la persona jurídica, con la que se compenetran e identifican (teoría del órgano-oficio).

Una posición contraria a la anterior es aquella que niega a la persona jurídica la posibilidad de recurrir a la figura del órgano; es suficiente para explicar la actuación de la persona jurídica el mecanismo de la representación.

Y una tercera posición, mantenida por el propio MINERVINI, que no contrapone órgano y representante. Es el ordenamiento jurídico quien ha de determinar si una persona jurídica puede actuar por medio de órganos; la distinción entre órgano y representante depende de la "imputación jurídica" del acto. Estamos ante un órgano cuando la imputación jurídica de un determinado acto corresponde a la propia persona jurídica; y estamos ante representante si la imputación jurídica corresponde al agente y a la persona jurídica sólo las consecuencias jurídicas del acto.

(54)-**IGLESIAS PRADA, J.L.:** Administración y delega-

ción... cit., pág.108.

En el mismo sentido, **ESTEBAN VELASCO, G.:** "Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital", en la obra colectiva La reforma del Derecho español de Sociedades de Capital (reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades; Edit.Civitas, Madrid, 1987, pág.391. Del mismo autor, "La representación de la sociedad frente a terceros", en Estudios y Textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económico Europea, dirigidos por GIRON TENA; Fac.de Derecho, Univ.Complutense, Madrid, 1978, pág.256, nota 5

(55)-**MINERVINI, G.:** op.ult.cit., pág.943-944

(56)-Vid., en este sentido, **URIA, R.:** Derecho Mercantil, cit., pág.161 y 314; **LOJENDIO OSBORNE, I.:** "Los administradores de la Sociedad Anónima", en la obra colectiva, Derecho Mercantil, coord.por JIMENEZ SANCHEZ, J.; Edit.Ariel, 1ª edic., Barcelona, 1990, pág.261; **GARRIGUES y URIA:** Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, Tomo II, Madrid, 1953, pág.19

(57)-**IGLESIAS PRADA, J.L.:** Administración y delegación..., cit., pág.112

(58)-**ARANGUREN URRIZA, F.J.:** "Los órganos de la Sociedad Anónima", en la obra colectiva, Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación. Las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita por acciones, Edit.Trivium, 2ª edic., 1990, pág.463

(59)-Vid., supra, Capítulo Primero, apartado II.D.2.2., sobre Mandato y representación.

(60)-**ARANGUREN URRIZA, F.J.:** op.ult.cit., pág.464-465

(61)-**MINERVINI, G.:** Gli amministratori di società per azioni; Edit.Giuffrè, Milano, 1956, págs.3, 61

En la doctrina española, **LOPEZ MEDRANO:** La separación de los administradores ..., cit.,

(62)-**DIEZ-PICAZO, L.:** La representación en el Derecho Privado, cit., pág.70 y ss.

También **CRISTOBAL-MONTES, A.:** La administración delegada de la sociedad anónima; Edit.Eunsa, Pamplona, 1977, pág.142

(63)-**BETTI:** Teoría General del Negocio Jurídico; cit., pág.441

(64)-Esta justificación en, por ejemplo, SCT 3-VII-1979 (Ar.4654)

(65)-Vid., en este sentido, SSTS 20-VI-1967 (Ar.2329), 6-IV-1977 (Ar.2362), 16-IX-1982 (Ar.5019).

SSCT 18-III-1974 (Ar.1378), 8-VI-1974 (Ar.2882), 14-X-1977 (Ar.4819), 28-X-1977 (Ar.5240), 16-IV-1984 (Ar.3616).

(66)-Vid., en este sentido, SSCT 18-III-1974 (Ar.1378), 8-VI-1974 (Ar.2882), 28-XI-1974 (Ar.5063), 6-XI-1975 (Ar.4858)

(67)-Vid., en este sentido, SSTS 28-XI-1981 (Ar.4660), 18-XI-1982 (Ar.6838).

SSCT 31-I-1979 (Ar.563), 18-IV-1980 (Ar.2168).

(68)-Vid., en este sentido, STS 16-IX-1982 (Ar.5019)

Se califica a los miembros de los órganos de administración como "cargos de confianza" en SSTS 19-IV-1986 (Ar.2206), 28-IX-1987 (Ar.6403). Y en SCT 7-X-1986 (Ar.9024)

(69)-Esta confusión en numerosas sentencias; vid., como ejemplo, SSTS 6-VII-1982 (Ar.4549), 23-IX-1982 (Ar.5262), 19-I-1984 (Ar.67), 17-V-1985 (Ar.2727), 18-IV-1986 (Ar.2202), 1-VII-1986 (Ar.3914), 7-V-1987 (Ar.3400).

SSCT 15-VII-1983 (Ar.7069), 30-XII-1983 (Ar.11274), 23-II-1984 (Ar.1680), 20-II-1986 (Ar.1056), 30-VII-1986 (Ar.7107), 17-XI-1987 (Ar.25262), 6-VII-1988 (Ar.4867)

(70)-Esta caracterización en las sentencias del Tribunal Supremo siguientes: 7-V-1987 (Ar.3400), 28-IX-1987 (Ar.6403), 30-IX-1987 (Ar.6433), 20-X-1987 (Ar.7084), 18-VII-1988 (Ar.6157), 19-IX-1988 (Ar.6915), 29-IX-1988 (Ar.7143), 19-X-1988 (Ar.8116), 18-XII-1989 (Ar.9035), 25-V-1990 (Ar.4499), 11-XII-1990 (Ar.9767), 21-I-1991 (Ar.65), (cont-adm) 26-IV-1991 (Ar.3334)

(71)-Vid., en este sentido, STS, 19-X-1988 (Ar.8116); en la jurisprudencia contencioso-administrativa, STS 4-IV-1985 (Ar.3247).

(72)-Vid., en este sentido, SSTS 29-IX-1988 (Ar.7143), 19-X-1988 (Ar.8116), 25-V-1990 (Ar.4499), 13-V-1991 (Ar.3906).

También, SCT 13-XI-1986 (Ar.11546)

(73)-En este sentido, **ALONSO GARCIA, M.:** Curso de Derecho del Trabajo; 10ª edic., Edit.Ariel, Barcelona, pág.382; **DIEGUEZ CUERVO, G.:** Lecciones de Derecho del Trabajo..., cit., pág.49

(74)-"representantes necesarios" de la sociedad, para **ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Mª.E.:** Derecho del Trabajo, 12ª edic., cit., págs.71 y 162

"Relación de representación" para **SALA Y OTROS:** Derecho del Trabajo, 4ª edic., cit., pág.287

(75)-Reconocimiento genérico de la concurrencia de cualidades (miembro de los órganos de administración y trabajador por cuenta ajena) en las sentencias siguientes: SSTS 24-X-1988 (Ar.8141), 10-XI-1989 (Ar.8035), 19-XII-1989 (Ar.9251), 21-III-1990 (Ar.2199), 6-VI-1990 (Ar.5028), 25-X-1990 (Ar.7714), 7-XI-1990 (Ar.8556), 31-I-1991 (Ar.200), 18-III-1991 (Ar.1869)

La doctrina del T.C.T. es bastante contradictoria; admite la concurrencia en SCT 8-II-1988 (Ar.1510); la niega en SCT 21-IV-1988 (Ar.3378)

(76)-Vid., en este sentido, STS 7-XI-1990 (Ar.8556), conforme a la cual es "preciso que se manifieste una actividad concreta y específica que permita conocer su pretendido carácter laboral, así como la forma y circunstancias en que se desarrolle dentro de la empresa..".

Lo que podría interpretarse, a nuestro juicio y en relación a la idea mantenida en el texto, que, si a un miembro del Consejo se le confieren determinadas delegaciones o funciones además de las propias de su cargo de Consejero (con lo que dejaría de ser puro y simple Consejero), las posibles actividades desarrolladas conforme a esa delegación (que, en abstracto puedan ser consideradas como laborales comunes) quedarán integradas en su relación orgánica. Vid., en este sentido, STS 29-IV-1991 (Ar.3393), F.D.2º.

Una crítica a esta posición jurisprudencial en, infra, Capítulo Cuarto, II, C.2.2.

(77)-Vid., este supuesto, en STS 19-IV-1988 (Ar.2989)

(78)-En este sentido, **SALA FRANCO, T. y GARCIA NINET, J.I.**: "Consejeros y administradores...", cit., pág.151

Desde la perspectiva italiana, porque en tal hipótesis no puede actuarse el poder de control y disciplinario que caracteriza el contrato de trabajo subordinado; vid., **GUIDI FEDERZONI, D.**: "Amministratori di società di capitali e lavoro subordinato", il dir. del lav., nº3-4, 1990, Parte II, pag.235 y ss, donde se expone ampliamente la posición de la jurisprudencia italiana sobre la cuestión.

Sobre el supuesto de autocontratación, vid., últimamente, STS 9-V-1991 (Ar.3794)

(79)-Vid., STS 25-X-1990 (Ar.7714)

(80)-Vid., STS 19-XII-1989 (Ar.9251).

(81)-Vid. STS 2 de marzo de 1984

Para **MINERVINI, G.**: Gli amministratori di società per azioni, cit., págs 86-87, habrá de entenderse que el contrato de trabajo se suspende cuando la duración de éste excede notablemente la del

contrato de administración; habrá de optarse por la resolución en el caso contrario.

(82)-STS (cont-adm) de 19-X-1987 (Ar.6781)

(83)-Vid., en este sentido, STS 7-II-1988 (Ar.1859), con cita de otras sentencias anteriores, incluso, a la Ley de Relaciones Laborales

(84)-Vid, STS 27-X-1986 (Ar.6517)

(85)-Vid., en este sentido STS 5-VI-1990 (Ar.5019), conforme a la cual no puede admitirse esa renuncia aun cuando se trate de relación laboral especial de alta dirección, "dado que el salario constituye elemento esencial del contrato que genera dicha relación, siendo, además, tal eventual renuncia nula de pleno derecho, en tanto que contraria a normas imperativas (artículos 6º.3 y 1255 del Código Civil)".

(86)-En el mismo sentido, **MINERVINI, G.:** Gli amministra-tori de società per azioni; cit., pág.103 y ss, para quien la remuneración no es esencial al que él denomina "contrato de administración".

(87)-**ARANGUREN URRIZA, F.J.:** "Los órganos de la sociedad anónima", cit., págs.483-484

(88)-Vid., SSTS 5-II-1954 (Ar.135); 19-XII-1975 (Ar.4798); 3-VII-1986 (Ar.3940).

(89)-Así lo manifestó ya la jurisprudencia; vid., a este respecto, SSTS 26-VI-1973 (Ar.3230), 27-X-1973 (Ar.4172), 19-XII-1975 (Ar.4798), 6-V-1978 (Ar.1936), 10-XII-1980 (Ar.4887), 20-I-1981 (Ar.217), 8-VI-1981 (Ar.2702), 15-XI-1982 (Ar.6702), 7-V-1983 (Ar.2350), 16-X-1985 (Ar.5142)

(90)-SSTS 25-IX-1982 (Ar.5278), 31-X-1983 (Ar.5167), 18-VII-1988 (Ar.6158)

SSCT 6-XII-1979 (Ar.6914), 24-II-1981 (Ar.1249)

(91)-SCT 17-III-1987 (Ar.5923).

Por tanto, la cuantía no es factor determinante de la especialidad, STS 10-XII-1980 (Ar.4887)

(92)-Vid., supra, Capítulo Segundo, apartado II, B.2.2.

(93)-En este sentido, **SALA FRANCO. T.:** La relación laboral de los altos cargos..., cit., pág.51

Aun cuando deba admitirse que se trata de una interpretación jurisprudencial forzada, hay que admitir también, a nuestro juicio, que es la más acertada desde el punto de vista de los que hemos denominado efectos naturales de la relación contrato

de trabajo/contrato de trabajo especial

(94)-Remitimos supra, Capítulo Segundo, apartado II,B.2.2., nota 40, donde se incluye una relación de sentencias en que se mantiene esa posición

(95)-**GARCIA MURCIA, J.:** "El régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial", R.L., nº9, 1985, pág.15

(96)-**ALONSO GARCIA, R.:** "Apunte sobre la progresiva integración judicial del Derecho Comunitario en el Ordenamiento laboral español", R.E.D.T., nº44, 1990, pág.730

(97)-Ampliamente comentada por **ALONSO GARCIA, R.** en op. ult. cit., pág.727 y ss.

Esta sentencia del TSJ de la Rioja fue recurrida en casación para la unificación de doctrina porque se estimaba contradictoria con otras sentencias de la Sala de lo Social de determinados Tribunales Superiores de Justicia -vid. relación de estas sentencias en supra, Cap.2º, II,B.2.2., nota 40-, que entendían, por el contrario, excluido al alto directivo de la protección del FOGASA; el Tribunal Supremo en sentencia de 13-VII-1991 ha casado y anulado dicha resolución porque, en su opinión, en primer lugar, "conforme a la norma de derecho interno el FOGASA no responde ante el personal de alta dirección" -confirma, pues, su posición; y, en segundo lugar, "porque las disposiciones de [las Directivas Comunitarias] han de ser incondicionales y lo suficientemente precisas para que pueda prosperar la invocación de su efecto directo frente al derecho interno del país [...].Tal incodicionalidad y necesaria precisión no concurren en el supuesto [de la Directiva 80/987/CEE]". Ahora bien, una cosa es que la Directiva se entienda imprecisa en cuanto al procedimiento arbitrado, y otra que lo sea en cuanto a su ámbito de aplicación; si además, añadimos, el derecho interno español no se ha adaptado a la directiva en cuanto a ese ámbito de aplicación, los particulares pueden invocarla frente al Estado y, por tanto, la solución ha de ser contraria a la propuesta por el Tribunal Supremo. A saber, aplicación de la Directiva 80/987/CEE.

(98)-Vid., texto, en A.L., nº7, febrero 1991, págs. 367-368; hasta la fecha el intérprete no tiene noticia de que haya sido recurrida en casación.

(99)-Vid., en general, **ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª.E.:** Derecho del Trabajo, cit., pág.343 y ss

(100)-Vid., en este sentido, SSTs 24-XI-1968 (Ar.4679), que es la primera sentencia que fundamentó así la exclusión; 22-XII-1971 (Ar.4933), 16-V-1975 (Ar.2592), 9-II-1981 (Ar.665), 25-XI-1981 (Ar.4600).

Vid., también, SCT 3-VI-1974 (Ar.2859).

(101)-Así se califica, efectivamente, en las sentencias siguientes: SSTS 28-I-1953 (Ar.201), que es la primera sentencia que utiliza esta expresión; 20-VI-1955 (Ar.2029), 16-V-1975 (Ar.2592), 17-V-1977 (Ar.2654), 7-XI-1977 (Ar.5383), 9-VII-1982 (Ar.4313), 9-IX-1982 (Ar.4717), 27-III-1991 (Ar.1904)

(102)-Aunque así, no obstante, se haya manifestado por la jurisprudencia; vid., STS 16-IX-1982 (Ar.5019)

(103)-Así, para **Capitanes de buque**, vid, últimamente, SSTS 3-III-1990 (Ar.1752), 26-III-1990 (Ar.2342); T.S.J. Galicia, sent.de 12-III-1990 (A.L. nº28, 1990)

Para **Patrones de Pesca**, SSTS 18-X-1989 (Ar.1990, 10519), 3-III-1990 (Ar.1752); T.S.J. Andalucía, de 26-IX-1989 (R.L. nº1, 1990).

Para **Jefes de Máquinas**, STS 22-V-1990 (Ar.4488); SCT 1-XII-1987 (Ar.26840).

(104)-Vid., en este sentido, artículo 61 de la Ordenanza de Trabajo para la Pesca Marítima en Buques Congeladores (O.M. de 19 de diciembre de 1974, Ar.2592), conforme a la redacción dada por la O.M. de 11 de enero de 1979 (Ar.240); artículo 60 de la Ordenanza para la Pesca Marítima en Buques Bacaladeros (O.M. de 8 de abril de 1976, Ar.772); artículo 61 de la Ordenanza para la Pesca Marítima en Buques Arrastreros al Fresco (O.M. de 31 de julio de 1976, Ar.1638), conforme a la redacción dada por la O.M. de 11 de enero de 1979 (Ar.239); artículo 90.2 de la Ordenanza de Trabajo en la Marina Mercante (aprobada por O.M. de 20 de mayo de 1979, Ar.1259)

(105)-Vid., STCo. 103/1990, de 4 de junio (BOE de 7 de junio).

(106)-Vid. SSTS 11-IV-1990 (Ar.3461), 22-V-1990 (Ar.4488), 20-XII-1990 (A.L. nº24, 1991). SCT 1-XII-1987 (Ar.26840), conforme a las cuales, básicamente, "el que el Jefe de Máquinas sea un cargo de confianza no convierte una función meramente técnica, por muy importante y destacada que sea, en el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa" y, en consecuencia, "...no hay otra alternativa que entender que las partes están ligadas por un contrato de trabajo de carácter común u ordinario...".

(107)-Así se ha advertido por la doctrina; vid., en este sentido, **ALONSO OLEA, M.: Jurisprudencia constitucional...**, cit., Tomo VIII (1990), 1991, pág.308 y 315; **DESDENTADO BONETE, A.:** "Igualdad en la aplicación de la Ley y límite máximo de la base reguladora de las pensiones en el extinguido régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores

ferroviarios", R.E.D.T., nº48, 1991, pág.630, nota 9

(108)-Laboral común, en STS 18-X-1989 (Ar.1990, 10519), T.S.J.Galicia, 12-III-1990 (A.L., nº18, 1990); T.S.J. Andalucía, 26-IX-1989 (R.L., nº1. 1990)

(109)-Esta posición se inicia con la STS 3-III-1990 (Ar. 1752), a las que siguen SSTs 26-III-1990 (Ar.2342), 9-IV-1990 (Ar.3438), conforme a las cuales el capitán y el patrón "participan e intervienen en la dirección y gobierno de la empresa", aunque asuman altas funciones directivas en sectores específicos del tráfico empresarial, porque en ellos se encuentran "implicados los objetivos generales de la empresa".

(110)-Confirmación del carácter "ad probationem" de la forma escrita en el contrato de alta dirección en STS 7-III-1988 (Ar.1859)

(111)-Esta es, por ejemplo, la posición mantenida por **SALA FRANCO, T.:** La relación laboral de los altos cargos...cit., pág.70

En contra, admitiendo que "el supuesto descrito [en el artículo 8º.2] no es el de establecimiento de un pacto de permanencia", **ALBIOL MONTESINOS, I.:** "La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador (1)", R.T., nº93, 1989, pág.47

(112)-**ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Mª.E.:** Derecho del Trabajo; 12ª edic., cit., pág.75

(113)-Vid. **DURAN LOPEZ, F.:** "Pacto de no concurrencia", en Comentarios a las Leyes Laborales, cit., Tomo V, Madrid, 1985, pag.158 y ss

(114)-En contra de esta solución, parece, la jurisprudencia, que interpreta el artículo 8º.1 del R.D.1382/1985 a partir de la expresión "concurrencia desleal" del artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores. Vid., STS 28-XI-1990 (Ar.8613)

(115)-En este sentido, **SALA FRANCO, T.:** La relación laboral de los altos cargos..., cit., pág.54; en contra, **FERNANDEZ LOPEZ, Mª.F. y RODRIGUEZ-PIÑERO, M.:** "La relación laboral especial del personal de alta dirección...(I)", cit., pág.34 y 35.

(116)-Vid., para un supuesto específico de "adecuación" de la compensación económica del alto directivo, STS 27-III-1990 (Ar.2358)

(117)-STS 24-IX-1990 (Ar.7042)

(118)-SSTs 24-IX-1990 (Ar.7042) y 29-X-1990 (Ar.7723)

(119)-STS 10-V-1990 (Ar.2993); en la doctrina, vid., **SALA FRANCO, T.:** La relación laboral de los altos cargos..., cit., pág.72

(120)-STS 4-VI-1990 (Ar.5009).

(121)-Vid., SSTs de 25-IX-1989 (Ar.6486), 10-V-1990 (Ar.3993), que aplican analógicamente lo dispuesto en el precepto estatutario. Por tanto, si ha de acudir al órgano jurisdiccional, la relación debe mantenerse en vigor; vid., en este sentido, STS 30-V-1991 (Ar.3929).

En la doctrina, a favor de la solución judicial, **SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.** "La extinción del contrato del trabajador directivo", R.L., nº2, 1986, pág.80. En contra, **SALA FRANCO, T.:** op.ult.cit., pág.72, **FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y RODRIGUEZ-PINERO, M.:** "La relación laboral especial...(II)", cit., pág.18-19, **ALBIOL MONTESINOS, I.:** "La extinción del contrato por decisión del trabajador", cit., pág.48, para quienes la voluntad del trabajador tiene virtualidad extintiva suficiente, sin necesidad de intervención judicial.

(122)-STS de 25-IX-1989 (Ar.6486).

(123)-STS 27-III-1991 (Ar.1904)

(124)-STS 21-III-1990 (Ar.2209)

(125)-Vid. un supuesto concreto en STS 25-IX-1989 (Ar.6486).

(126)-Vid., por ejemplo, STS 30-X-1989 (Ar.7463), que estima no darse la causa prevista en el artículo 10.3.d) si el cambio de titularidad produjo la dimisión solamente de 3 Consejeros y del Secretario del Consejo de Administración.

(127)-Confirmación de esta regla legal en STS 3-IV-1990 (Ar.3099); TSJ Madrid, 12-III-1991, A.L. nº34, 1991.

(128)-Vid., en este sentido, SSTs 6-II-1990 (Ar.827) y 21-III-1990 (Ar.2209)

En la doctrina y jurisprudencia italianas esta misma justificación; cfr. **LISO, F.:** "Il licenziamento del dirigente 'apparente'", Riv.giur.lav. e della prev.soc., nº8-9, Parte Seconda, 1991, pág.775 y 776

(129)-SSTs 15-III-1989 (Ar.2414), 25-IX-1989 (Ar.6478), 16-II-1990 (Ar.1100)

(130)-STS 17-XII-1990 (Ar.9796)

(131)-Confirmación en STS 30-I-1991 (Ar.195), TSJ Cataluña 22-III-1991, A.L. nº33, 1991

(132)-Vid. STS 25-IX-1989 (Ar.6478)

(133)-STS 6-II-1990 (Ar.827).

(134)-**VALLADARES RASCON, E.:** "El Real Decreto 1382/1985, sobre el Personal de Alta Dirección", La Ley, Tomo pág.1162-1163

(135)-STS 30-I-1990 (Ar.233), aunque parece que no establece el requisito adicional que nosotros hemos añadido.

(136)-STS 20-XII-1989 (Ar.9254)

(137)-Vid., en este sentido, SSTs 6-III-1985 (Ar.1282), 27-III-1990 (Ar.2355), 31-I-1991 (Ar.200)

(138)-Vid. TSJ Cataluña 22-III-1991, A.L. nº33, 1991

(139)-Vid.STS (Civil) 4-XI-1988 (Ar.8412)

(140)-Vid.STS 25-IX-1989 (Ar.6478)

(141)-En este sentido, SSTs 6-XI-1985 (Ar.5729), 26-II-1990 (Ar.1234), 4-VI-1990 (Ar.5009)

(142)-STS 6-XI-1989 (Ar.8008)

(143)-STS 30-IV-1991 (Ar.1991)

(144)-Aspectos de la misma en SSTs 13-XI-1989 (Ar.8043), 25-V-1990 (Ar.4500), 27-XI-1990 (Ar.8608)

(145)-SSTs 29-III-1988 (Ar.2404), 30-IX-1988 (Ar.7153)

(146)-SSTs 3-X-1988 (Ar.7498), 13-XII-1988 (Ar.9608)

(147)-Para la jurisprudencia, éste es un supuesto de deslealtad; vid., en este sentido, STS 20-X-1989 (Ar.7532)

(148)-SSTs 11-VI-1990 (Ar.5052), 4-II-1991 (Ar.792)

(149)-Piénsese por ejemplo que han sido 10 años de servicio del alto directivo. La cuantía de la indemnización por despido improcedente sería equivalente a 200 días de salario; la debida por desistimiento empresarial (unida, incluso, a la debida por incumplimiento del período de preaviso de 3 meses) sería equivalente a 160 días. En este supuesto, pues, es fácil pensar en una actuación fraudulenta empresarial consistente en simular un desistimiento intentando ocultar un despido improcedente.

La situación es la inversa si los años de servicio del alto directivo son menos; piénsese que

han sido sólo 2 años de servicio. La indemnización por despido improcedente equivaldría a 40 días de salario; si es por desistimiento, incumpléndose además el período de preaviso, la cuantía mínima sería de 104 días de salario. Parece, por tanto, que en este supuesto se intentaría simular un despido improcedente, intentando ocultar un claro desistimiento.

(150)-STS 25-IX-1989 (Ar.6478). Pero téngase en cuenta que esa actuación podría entenderse, como así manifiesta el Tribunal Supremo, como un claro fraude de ley. En atención, pues, a ese fraude de ley creemos más acorde entender que el simulado desistimiento se convertiría en un despido nulo.

(151)-En este sentido, STS 27-VII-1990, A.L. nº9, 1991

(152)-STS 22-I-1991 (Ar.70)

(153)-En este sentido, SSTS 14-VII-1988 (Ar.5826), 11-III-1989 (Ar.1821), 12-IX-1990 (Ar.6998); en contra, parece, STS 26-IV-1990, Rev.La Ley, Ref.10888

Sobre las diversas cuestiones relativas a la elección de la figura contractual que realizamos a continuación en el texto, cfr. en la doctrina italiana, **VICECONTE, M.:** "Dirigente e pseudodirigente", Lav.e prev.oggi, nº3, 1983, pag.473 y ss.

(154)-STS 20-III-1990 (Ar.2187)

(155)-STS 27-II-1990 (Ar.1241)

(156)-Un supuesto específico en STS 20-III-1990 (Ar.2188)

(157)-STS 9-X-1989 (Ar.7137)

(158)-STS 29-V-1990 (Ar.4519)

(159)-STS 27-XI-1989 (Ar.8258)

(160)-En la Jurisprudencia, SSTS 20-VI-1988 (Ar.5431), 12-VII-1988 (Ar.5799).

En la doctrina, así se pronuncia también **BARREIRO GONZALEZ, G.:** "Personal de alta dirección. Despido y salarios de tramitación", en Rev.La Ley, nº2371, 30-XI-1989, pág.2.

(161)-Vid., entre otras, las siguientes SSTS, 15-III-1989 (Ar.2414), 9-X-1989 (Ar.7137), 12-II-1990 (Ar.894), 20-III-1990 (Ar.2187), 22-I-1991 (Ar.70), 30-I-1991 (Ar.195), 4-II-1991 (Ar.792), 16-II-1991 (Ar.1491), 6-III-1991 (Ar.1832)

(162)-Parece admitirse así en STS 20-III-1990

(Ar.2187)

(163)-STS 12-VII-1988 (Ar.5799)

(164)-STS 27-XI-1989 (Ar.7532)

(165)-SSTS 14-VII-1988 (Ar.5826), 9-X-1989 (Ar.7137), 12-II-1990 (Ar.894), 26-II-1990 (Ar.1230), 31-I-1991 (Ar.200).

(166)-TSJ Madrid 24-IV-1990, A.L. nº25, 1990

(167)-STS 25-V-1987 (Ar.4820).

(168)-**DIEZ-PICAZO, L.:** La representación en el Derecho Privado; cit., pág.125

(169)-Ha sido tradicional la afirmación jurisprudencial que el apoderamiento en sí no desnaturaliza la relación laboral; vid., en este sentido, SSTS 5-VI-1953 (Ar.1877), 24-XI-1954 (Ar.2785), 29-V-1958 (Ar.1953), 4-III-1965 (Ar.2067), 10-XI-1965 (Ar.4842), 15-XII-1965 (Ar.5786), 20-XII-1965 (Ar.5793), 28-IV-1966 (Ar.2211), 13-III-1967 (Ar.1114), 30-VI-1967 (Ar.3089), 21-V-1968 (Ar.2819), 5-VII-1969 (Ar.3797), 24-IX-1969 (Ar.4595), 19-IX-1980 (Ar.3474), 25-XI-1981 (Ar.4600), 15-XI-1982 (Ar.6702).

(170)-Según la jurisprudencia no se exige un apoderamiento formal; vid., en este sentido, SSTS 10-XI-1965 (Ar.4842), 25-XI-1965 (Ar.1966, 344), 28-X-1978 (Ar.3936), 25-VI-1979 (Ar.3066).

SSCT 22-III-1974 (Ar.1654), 8-IV-1981 (Ar.2569), 7-XI-1985 (Ar.6056).

En concreto, sobre la no exigencia de apoderamiento formal para el alto directivo, SSTS 7-III-1988 (Ar.1859), 21-III-1990 (Ar.2210), 18-III-1991 (Ar.1870)

(171)-**VINUESA ALADRO, A.:** La clasificación profesional... cit., pág.23

(172)-**BAYON CHACON, G.:** "El ámbito de aplicación personal...", cit., pág.18

(173)-En este sentido, STS 28-XI-1983 (Ar.5637)

(174)-Vid., entre otras muchas, y en concreto para el supuesto de alto cargo, SSTS 16-II-1957 (Ar.648), 29-V-1959 (Ar.2967), 21-VI-1965 (Ar.4284), 13-III-1967 (Ar.1114), 21-XI-1967 (Ar.3997), 16-XI-1971 (Ar.2350), 16-XII-1974 (Ar.4902), 14-IX-1981 (Ar.3319), 25-XI-1981 (Ar.4600), 21-IV-1983 (Ar.1856), 10-II-1984 (Ar.857), 21-III-1986 (Ar.1498), 24-II-1987 (Ar.1111), 6-III-1990 (Ar.1767).

SSCT 21-II-1983 (Ar.1434), 28-II-1984

(Ar.1796).

(175)-Vid., entre otras muchas, SSTS 7-VI-1946 (Ar.769), 30-IX-1946 (Ar.1114), 28-III-1951 (Ar.681), 9-V-1953 (Ar.1226), 17-VI-1953 (Ar.1605), 25-XI-1954 (Ar.2788), 28-IV-1966 (Ar.2211), 21-V-1968 (Ar.2819), 30-V-1968 (Ar.3797), 5-XII-1968 (Ar.5587), 27-XII-1968 (Ar.5931), 20-XI-1970 (Ar.4542), 30-IX-1976 (Ar.3828), 17-V-1977 (Ar.2654), 24-V-1978 (Ar.2098), 26-X-1981 (Ar.4040), 25-XI-1981 (Ar.4600)

(176)-En este sentido, SCT 19-VI-1979 (Ar.4150).

En contra, parece, dando relevancia al dato de la denominación STS 30-X-1965 (Ar.4823) y SCT 10-I-1978 (Ar.8), para el supuesto de Director o Gerente; STS 30-VI-1969 (Ar.3776), para el supuesto de Director General; SCT 17-I-1980 (Ar.175), para el supuesto de Subdirector General.

(177)-En este sentido se pronunciaron, **PEREZ BOTIJA, E.:** El contrato de trabajo; 2ª edic., Madrid, 1954, pág.65; **SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.:** "Una norma en blanco: el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo", Rev.D.T., nº52, 1962, pág.61.

En la jurisprudencia, SSTS 30-IV-1953 (Ar.1194), 9-V-1953 (Ar.1226), conforme a los cuales no basta que los cargos estén excluidos de las reglamentaciones, sino que es necesario que se ejerza la función definida en el art.7º L.C.T. de 1944

(178)-En este sentido, **ALONSO GARCIA, M.:** Derecho del Trabajo, Vol.II, Edit.Bosch, 1960, pág.109

En la jurisprudencia, entre otras, SSTS 26-IX-1950 (Ar.1283), 30-X-1952 (Ar.2029). aplicando la Reglamentación Nacional de Trabajo de Minas Metálicas de 12-IV-1945 (Ref.Ar.596); STS 25-XI-1950 (Ar.1623), aplicando el art.2º de la Reglamentación de Empresas Azucareras de 30-XI-1946 respecto a Director Técnico de fábrica; STS 27-III-1978 (Ar.1106), aplicando la Reglamentación de Cajas de Ahorro de 27-IX-1950 (Ref.Ar.1169).

(179)-STS 16-X-1961 (Ar.3108).

(180)-SCT 22-XI-1985 (Ar.6392)

(181)-**ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Mª.E.:** Derecho del Trabajo, 12ª edic., cit., pág.76; **GARCIA BLASCO, J.:** "Intervención administrativa y régimen jurídico de prestación de los directores de establecimientos de empresas turísticas" (II), A.L. nº25, 1986, pág.1277

(182)-En este sentido, entre otras muchas, aplicando la Reglamentación de Trabajo de la Hostelería de 1944, SSTS 23-I-1956 (Ar.341), 9-IV-1957 (Ar.1016), 14-IV-1970 (Ar.1758), 25-V-1970 (Ar.2657), 9-VI-1970

(Ar.3586); aplicando la Reglamentación de 1974, SSTS 2-V-1977 (Ar.2569), 15-VI-1977 (Ar.3169), 16-VI-1977 (Ar.3175), 12-IV-1978 (Ar.1619), 25-IX-1978 (Ar.2958).

Vid., también, SSCT 11-III-1974 (Ar.1232), 21-I-1976 (Ar.259), 17-XI-1977 (5885), 27-II-1979 (Ar.1266), 19-IV-1979 (Ar.2360), 14-II-1980 (Ar.857), 14-V-1980 (Ar.2767), 21-XI-1980 (Ar.6031), 15-XII-1980 (Ar.6684), 27-IV-1981 (Ar.2795)

(183)-STS 12-VII-1983 (AR.3771), con cita de otras sentencias anteriores.

(184)-Se manifiesta así la jurisprudencia, por primera, iniciado un cambio de posición en SCT 9-IX-1982 (Ar.4717), para quien, además, la exclusión no puede venir determinada por el hecho de la adscripción a una categoría, sino en un estudio de cada situación individual.

Aplicando este criterio objetivo, declaran alto cargo al Director de Hotel, entre otras, SSTS 5-III-1985 (Ar.1273), 30-VI-1986 (Ar.3758), 16-VII-1986 (Ar.4155).

(185)-Vid., en este sentido, **BORRAJO DACRUZ, E.:** Altos Cargos, cit., pág.203; **GARATE CASTRO, J.:** "Sobre la exclusión de los directores de establecimientos hoteleros del campo de aplicación de la legislación laboral", R.L. n°8, 1985, pág.72; **GARCIA BLASCO, J.:** "Intervención administrativa y régimen jurídico...", cit., pág.1280.

En la Jurisprudencia, se intenta aplicar esta distinción en la STS 12-IX-1990 (Ar.6998), en la que, con carácter general, se utiliza la expresión "mandos intermedios" para calificar a aquellos sujetos que realizan tareas de dirección pero a los que no conviene la calificación de alto directivo en el sentido del art.1º del R.D.1382/1985. La sentencia aplica al supuesto concreto de Administrador de Parador Nacional de Turismo el criterio interpretativo restrictivo respecto al ámbito de aplicación del citado reglamento y, en base al mismo, estima que se trata de una relación laboral común. Y esta calificación se hace, no en función de la actividad encomendada al Administrador, porque aun cuando la actividad de dirección se limite a uno de los muchos Paradores de los que es titular la A.T.E. (empresario), lo cierto es que bien puede entenderse que los citados Paradores son "centros de trabajo nucleares para la actividad de la empresa" y, en consecuencia, las funciones del administrador están referidas a aspectos trascendentales del objetivo de ese empresario; la calificación, decíamos, como trabajador común no se hace en relación al ámbito de las funciones, sino en relación al modo en que esas funciones se desarrollan. En efecto, como veremos detenidamente, el R.D.1382/1985, establece una delegación de primer grado; o, dicho de otra forma,

las instrucciones han de ser dictadas directamente por la persona o los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que ocupe la titularidad de la empresa. Si entre quien ostente esa titularidad y el directivo aparecen órganos directivo, delegados del titular, el directivo no es alto, sino sometido al régimen laboral común.

(186)-Vid., en este sentido, SCT 10-III-1977 (Ar.1450) y STS 21-IV-1978 (Ar.1557), que, además, califica al Director de Periódico como alto cargo y, en consecuencia, afirma "el carácter no laboral del nexo contractual existente entre las partes"; en el mismo sentido, SSCT de 10-I-1978 (Ar.8), 13-III-1979 (Ar.1628), 23-X-1979 (Ar.5832), 29-IV-1981 (Ar.2866)

(187)-**ALONSO GARCIA, B.:** El contrato del director de periódico; en prensa; pág.11 del ejemplar multicopiado

(188)-Vid., en este sentido, SSTS (civil) 27-II-1987 (Ar.741), 4-III-1987 (Ar.1414)

(189)-En este sentido, STS 8-II-1986 (Ar.722) y, con fundamento pobre, STS 18-XII-1987 (Ar.8975), para quien la relación entre Director de Periódico y empresario es totalmente ajena al contrato laboral (falta, a juicio de la jurisprudencia, los elementos de dependencia y ajenidad). De ahí, que la jurisprudencia laboral admitiese la concurrencia de dos relaciones (una laboral y otra civil) entre las mismas partes; vid., en este sentido, STS 19-XII-1989 (Ar.9251), para Director y Redactor, asimilando el supuesto al de concurrencia de trabajos, uno laboral, y otro mercantil como miembro del Consejo de Administración.

(190)-STS 30-I-1990 (Ar.233), con la que se inicia un cambio de línea de jurisprudencial en cuanto a la calificación de la relación jurídica del Director de Periódico. En la jurisprudencia civil, ahora también, STS 21-II-1991 (Ar.1586); con lo que se da la situación inversa a la expuesta más arriba: la jurisdicción civil se declara actualmente incompetente a favor de la social.

(191)-SSTS 30-I-1990 (Ar.233) y (civil) 21-II-1991 (Ar.1586), para Director de Periódico; la primera, en base a la interpretación amplia del elemento fundamental, según hemos expuesto en el texto; la segunda, en base a la autonomía y plena responsabilidad del director en sus cometidos.

También, STS 6-III-1990 (Ar.1767) para Director de Emisora provincial de Radio.

Con anterioridad el Tribunal Central de Trabajo en sentencia 17-III-1987 (Ar.5923) ya había estimado que el Director de Semanario era sujeto de la relación laboral especial de alta dirección por la

"singular posición que el directivo asume...en cuanto a poderes y facultades", aunque el Tribunal no especifica en qué consistían esos poderes y facultades.

En contra de esta calificación, manteniendo que el Director de publicación periódica es sujeto de una relación laboral ordinaria o común, TSJ Madrid, 11-I-1990 (A.L., nº17, 1990, págs.698-699).

CAPITULO CUARTO

LOS ELEMETOS CONFIGURADORES DEL CONCEPTO DE ALTA
DIRECCION EN LA DEFINICION LEGAL ACTUAL

I. INTRODUCCION.

El estudio realizado en el capítulo precedente permitió extraer diversas conclusiones sobre los elementos a tener en cuenta en la delimitación de la noción de alto directivo laboral.

En primer lugar, por lo que respecta a lo que podemos denominar delimitación "hacia arriba", es decir, a la delimitación entre los artículos 1º.3.c) y 2º.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, el elemento o dato fundamental previo a tener en cuenta es la diferente naturaleza jurídica de la relación en uno y otro supuesto; el alto cargo del artículo 1º.3.c) no es sujeto de un contrato de trabajo; el alto directivo, por el contrario, es trabajador por cuenta ajena. Por eso, aun cuando la jurisprudencia social viniese manteniendo que el elemento o requisito fundamental en la configuración del alto directivo fuese las funciones atribuidas y efectivamente desempeñadas, en la delimitación con aquellos supuestos más controvertidos de cargos de administración -que no se limitan a actuar como meros o simples miembros del Consejo de Administración- hay que tener en cuenta ese elemento previo de la naturaleza jurídica de la relación (1).

Elemento o requisito funcional que poco o nada indica, también, cuando se ha de distinguir el alto directivo de aquellos otros cargos de administración a que, junto al Consejo de Administración, se refiere

el artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores; es decir, Administrador Unico y Administradores solidarios o mancomunados. Los cometidos inherentes a estos cargos -que se integran en la genéricamente denominada "actividad de administración" que esos sujetos desarrollan- son, como veremos, los que el alto directivo ejercita.

Pusimos también de manifiesto que los elementos subjetivos y el elemento formal no son datos suficientes para distinguir el alto directivo de los otros dos grupos. Las tres figuras de sujetos directivos pueden compartir, y de hecho comparten, esos caracteres. Se trata, pues, de elementos o datos accesorios, derivados del que la jurisprudencia perfiló como elemento esencial. Así, respecto a la diferenciación entre alto directivo y directivo no alto, sujetos ahora ambos de un contrato de trabajo, se utilizó el dato de la función que el trabajador alto directivo desempeña, prescindiendo de la denominación que las partes pudiesen dar a esa relación.

Aun cuando éste sea el elemento básico de la delimitación "hacia abajo" del alto directivo, la jurisprudencia no ha utilizado en las sucesivas etapas legislativas un criterio interpretativo uniforme sobre la naturaleza, extensión y ámbito de esa función directiva; por el contrario, la jurisprudencia ha sido (y nada indica que en este

aspecto exista en la actualidad una posición unánime y constante) claramente contradictoria, ampliando o restringiendo esa función, -unida al modo en que la misma ha de ejercerse-, y, en consecuencia, ampliando o restringiendo el ámbito subjetivo, primero de la exclusión tradicional legal, segundo de la relación laboral especial del personal de alta dirección.

La imprecisión del dato funcional se reproduce en la definición legal de alta dirección propuesta en el R.D.1382/1985, de 1 de agosto (en adelante, simplemente, el R.D.). Aun cuando el legislador pretendiese elaborar un concepto o definición de alto directivo que recogiese la posición de la jurisprudencia [de ahí, por cierto, que se haya afirmado por la doctrina que el citado reglamento es "un paso más en una evolución continuista" (2)], la ausencia, denunciada ya, en esa posición de un criterio interpretativo constante ha originado que la descripción legal adolezca de las mismas imprecisiones atribuidas a la jurisprudencia y, en consecuencia, de la falta de seguridad que toda definición ha de tener. Y es que, después de la entrada en vigor del R.D., las cuestiones litigiosas sobre la calificación del cargo como alto directivo o no alto se han mantenido en estos años; las sentencias sobre esta materia son abundantísimas.

Pero, y tal vez sea lo más importante, la propia definición legal actual posibilita que la jurisprudencia actual utilice diferentes criterios

interpretativos del ámbito subjetivo de aplicación de la relación laboral especial, contradictorios en muchos supuestos.

Por eso nuestra labor ha de centrarse en los elementos que la definición legal contiene y, en base a los mismos, proponer el criterio interpretativo más acorde con la regulación parcialmente laboral que el propio R.D. de alta dirección establece; con ello intentamos poner de manifiesto que, aun cuando la definición legal sea tan imprecisa que permita diferentes opciones, una más restrictiva otra más extensiva, sobre el ámbito de aplicación del R.D., hay que tener en cuenta que una ampliación "hacia abajo" de ese ámbito significaría que sujetos hasta ahora considerados trabajadores directivos de régimen común, es decir, incluidos en las normas laborales generales, se convertirían en trabajadores especiales de alta dirección. Desde esta perspectiva, adviértase lo que ya manifestamos; a saber, que, a nuestro juicio, la relación laboral del alto directivo es más excepcional que especial, atendiendo a los que denominamos en su momento "efectos naturales" de la relación contrato de trabajo común/contrato de trabajo especial. Y, si ello es así, este último ha de aplicarse restrictivamente, tanto más cuanto que, según estudiaremos a continuación, el criterio interpretativo extensivo que utiliza actualmente la jurisprudencia convierte la relación laboral especial de

alta dirección en la regla general; o dicho de otra forma, conforme a ese criterio desaparecería el trabajador directivo de régimen común. Si seguimos la posición jurisprudencial, toda actividad directiva desarrollada en un determinado sector territorial o funcional con gran autonomía y responsabilidad sería propia de la alta dirección, en cuanto, además, en esos sectores territoriales o funcionales se encuentran implicados los objetivos generales de la empresa.

Teniendo en cuenta estas observaciones previas, el artículo 1º.2 del R.D. define el trabajador de alta dirección como aquel sujeto que ejerce "poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma", primera parte del concepto, completado con el dato del modo en que tal función se realiza, "con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad".

Dividida, pues, la definición legal en dos partes, pasemos al estudio de cada una de ellas.

II. "EJERCICIO DE LOS PODERES INHERENTES A LA TITULARIDAD JURIDICA DE LA EMPRESA"

Limitada ahora nuestra exposición a la primera parte de la definición legal, hay que destacar, en primer lugar, el uso de la expresión "titularidad jurídica de la empresa"; lo que interesa es la noción de empresa y de su titular, el empresario, desde la perspectiva jurídica.

En segundo lugar, tendríamos que analizar qué haya de entenderse por "poderes inherentes", expresión ésta que sólo puede ser entendida desde el sentido que en el ámbito jurídico otorguemos a la noción de empresa, puesto que sólo así podremos delimitar los poderes que corresponden a su titular jurídico (delimitación en la que, al parecer, juega papel esencial la expresión "relativos a los objetivos generales de la empresa").

En tercer lugar, hay que distinguir titularidad y ejercicio del poder, intentando delimitar dicho ejercicio desde un plano subjetivo y objetivo, para pasar en cuarto lugar, al estudio del modo en que dichos poderes pueden ser ejercidos por otras personas diferentes al titular jurídico de la empresa. Con ello enlazaríamos con la segunda parte de la definición legal y con el fundamento que el legislador ha establecido para esta relación laboral de carácter especial; a saber, recíproca confianza y buena fe.

A.LA EMPRESA Y EL EMPRESARIO EN UN DOBLE
ASPECTO: ECONOMICO Y SOCIOLOGICO

Aun cuando nuestro estudio, como advertíamos, se centrará en la consideración de las nociones de empresa y empresario desde un punto de vista estrictamente jurídico, creemos necesario exponer, siquiera brevemente, el significado de las mismas desde un aspecto doble, el sociológico y el económico. Y ello porque, en primer lugar, ambos aspectos nos servirán de pauta para determinar hasta qué punto la noción jurídica de empresa es diferente de aquéllos o, por el contrario, es posible advertir entre ellos algún elemento común. Y, en segundo lugar, porque el concepto económico y/o sociológico de empresario y personal directivo, como veremos, parece no coincidir con el que se ha de adoptar desde un punto de vista estrictamente jurídico.

En este sentido, la empresa es relevante para la **Economía** en cuanto constituya una unidad de producción, es decir, una organización de los factores de la producción (capital y trabajo) con vistas o proyección a un mercado y con un objeto o fin económico, cual es la obtención del máximo beneficio (3).

En esta organización aparece el empresario económico como uno de los elementos de la misma, que, desde una visión unitaria (empresario-riesgo y

empresario-control), puede afirmarse que tiene como función principal la dirección libre de la producción asumiendo el riesgo productivo. Para la Economía, pues, el empresario es el organizador de la producción, el que "ostenta de hecho el poder directivo de la empresa" (4) y, en base a esa función, puede definirse la empresa desde un punto de vista económico-capitalista como "unidad elemental de producción..., que bajo la dirección y responsabilidad del empresario produce la corriente de bienes y servicios que constituyen la renta nacional" (5).

Para nuestro objetivo en la investigación es insuficiente este aspecto de la empresa porque, en primer lugar, aun cuando se parte en el mismo de un elemento común a los otros aspectos que vamos a analizar a continuación (organización), no atiende a lo que podemos denominar "célula social" de la empresa, es decir, a la actividad humana en que, básicamente, consiste aquella y a las relaciones que entre los elementos subjetivos de la misma se producen. Y, en segundo lugar, porque conlleva la confusión del empresario y personal directivo, puesto que no distingue titularidad de las facultades de dirección y el ejercicio de las mismas. Lo que quiere decir que, si bien el empresario económico puede coincidir con el empresario jurídico (normalmente cuando cuando éste es un empresario individual), otras veces puede no coincidir (así cuando se trata

de un empresario social que adopta la forma jurídica de sociedad y, sobre todo, en las de capital, en las que claramente aparecen disociados empresa/sociedad o empresario jurídico); disociación que se explica desde la economía por la diferencia entre propiedad (que corresponde al empresario jurídico) y gestión o control (que corresponde al empresario económico), cuando esa misma diferenciación (propiedad/gestión) se aplica desde el punto de vista sociológico para determinar la relación empresario/personal directivo y jurídicamente para determinar la relación empresario (persona jurídica) y órganos de administración del empresario social cuando éste adopta la forma jurídica de sociedad.

Por tanto, desde el punto de vista económico aparecen identificados empresario/personal directivo; por eso, atendiendo a la diferenciación jurídica de ambas figuras, puede afirmarse que quien para la economía no es sino empresario, para el ámbito jurídico es trabajador por cuenta ajena, sujeto, por tanto, de una relación jurídico-laboral.

Desde el punto de vista **Sociológico** la empresa interesa, no en cuanto se dedique o no a la producción, sino como "núcleo de relaciones sociales" (6) en la que el elemento de organización sigue siendo fundamental; de ahí que entre nosotros se defina actualmente la empresa como "la coordinación planificada de las actividades de un conjunto de

personas para el logro de un objetivo común y explícito, a través de una cierta división del trabajo y de una jerarquía de autoridad y de responsabilidad" (7).

Por eso, desde un punto de vista sociológico, aparecen como datos relevantes (8), y a los que forzosamente el ordenamiento jurídico ha de prestar atención, los siguientes: un grupo de personas que actúa coordinada e interdependientemente y cuya actuación va encaminada hacia un objetivo común, que no tiene que ser lucrativo; división de trabajo y diferenciación de funciones, como elemento que permite alcanzar de modo más efectivo ese objetivo; jerarquía de autoridad y de responsabilidad (línea de mando), "que cuida de la coordinación, dirige el esfuerzo colectivo y controla el logro de los objetivos" (9). Jerarquía y responsabilidad que son, por tanto, el fundamento de la organización o coordinación y en las que, desde un punto de vista jurídico, vamos a basar la existencia del personal de alta dirección.

Desde la sociología corresponde al directivo la organización o coordinación del conjunto e actividades del grupo humano que compone la organización "formal" a que hacíamos referencia más arriba (10). Desde este mismo plano sociológico, se especifica que la dirección empresarial (siempre que se trate de grandes empresas) suele dividirse en tres

planos distintos: "superior, medio e inferior" (11), poniéndose ya de manifiesto que el "alto personal dirigente" del plano superior de dirección no parece corresponderse con el que desde un punto de vista jurídico define el legislador, puesto que desde el plano sociológico, o bien se confunde con el empresario cuando éste es empresario individual, o bien con los administradores en los casos de empresarios sociales.

Teniendo en cuenta, según advertíamos, que el elemento común en torno al que giran los aspectos económico y sociológico de la empresa es la organización, hay que tener en cuenta que la misma puede ser entendida desde un doble punto de vista (12); por un lado, en una consideración estática, la empresa se entiende como sinónimo de entidad o conjunto de elementos objetivos y personales. Desde esta perspectiva, los elementos de la estructura de la empresa como célula económica y célula social (ésta, como veremos, es la que va a interesar desde el punto de vista jurídico), pueden ser los siguientes; a saber, como elementos objetivos, destaca el fin u objeto, esencialmente económico, es decir, la obtención de un beneficio, y el conjunto de bienes o medios, materiales o inmateriales para la consecución del fin propuesto. Como elementos subjetivos destaca el empresario, como coordinador de esos bienes para la consecución del fin; contemplada

la empresa desde su aspecto económico, su estructura interna quedaría completa con los elementos descritos, pero, si además es contemplada como célula social, es decir, como actividad coordinada, aparece un segundo elemento humano constitutivo, junto al empresario, a saber, el conjunto de personas que prestan un servicio para ese empresario.

Si contemplamos ahora la empresa desde una perspectiva dinámica, aparece ésta como coordinación planificada de las actividades humanas y bienes materiales para la consecución del objetivo común; cobra relevancia, pues, desde este aspecto las funciones que corresponden al empresario o directivo como coordinador u organizador.

Desde un punto de vista estrictamente económico corresponde al empresario dos tipos de poderes: un poder económico (teoría del empresario-riesgo) como titular del capital. Como veremos, desde la perspectiva jurídico-laboral no interesa este aspecto en el momento en que partamos de la distinción propiedad-gestión que se produce cuando el empresario es persona jurídica; se puede admitir cuando el empresario es persona física, pero aun desde esta consideración no es relevante jurídicamente a quien corresponda los posibles beneficios obtenidos por la unidad de producción. Corresponde también al empresario un poder de decisión (teoría del empresario-control); en este sentido, las decisiones que toma el

empresario son de tres tipos: inversión, producción y distribución.

Desde una perspectiva sociológica, es decir, cuando aparece un conjunto de personas que prestan servicios para ese empresario, corresponde a éste un poder de organización social. Y es aquí, precisamente, donde el Derecho va a intervenir dando construcción jurídica a las relaciones internas y externas de los elementos personales que constituyen la empresa.

B.LA EMPRESA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO

La construcción jurídica de la noción de empresa está influida por los aspectos económico y sociológico de la misma y, sobre todo, desde un elemento que se considera común a esos aspectos, alrededor del que va a girar la noción jurídica; a saber, la organización. Ahora bien, los diferentes sectores del Ordenamiento jurídico han prestado atención a diferentes elementos de la estructura interna de la empresa a los que hacíamos mención más arriba.

Así, las definiciones jurídicas de la empresa, si bien mantienen los elementos básicos de la empresa desde el punto de vista económico (medios, fin y empresario), han destacado el elemento esencial de la misma como célula social (colectividad humana); de

ahí que -entendida la empresa como organización funcional- se haya destacado sobre todo la organización de las relaciones personales que se producen en su seno, la organización interna. Pero, dejando a un lado la dogmática jurídica, los diferentes sectores del ordenamiento jurídico no han contemplado la empresa desde un mismo punto de vista.

En efecto, el Derecho Mercantil, más cerca del aspecto económico de la empresa, ha destacado los elementos siguientes: fin económico (fin de lucro). En cuanto a los medios, especial importancia del capital, apareciendo el trabajo, al igual que para la economía, como un mero factor de la producción, sin relevancia alguna; por eso, existe empresa desde un punto de vista mercantil aunque no existan trabajadores al servicio del empresario. Y, como tercer elemento, el empresario, único elemento humano relevante porque para el Derecho Mercantil la empresa es mero instrumento de la actividad empresarial que existe desde el momento que el empresario realiza actos de comercio.

Por eso, el Derecho Mercantil se preocupa, sobre todo, por un lado, del aspecto formal del empresario, es decir, de las formas jurídico-mercantiles que el mismo puede adoptar, no del empresario desde el punto de vista material, es decir, de las funciones que corresponden al mismo dentro de la estructura interna de la empresa; y, por otro, del tráfico externo del empresario.

Por el contrario, el Derecho del Trabajo ha prestado atención, sobre todo, al aspecto social de la empresa, es decir, al conjunto de relaciones personales que se producen en su seno (13). De ahí que la empresa adquiriera relevancia jurídico-laboral por la existencia de una colectividad de trabajadores por cuenta ajena y, en consecuencia, este sector del ordenamiento jurídico preste atención, no al fin y a los medios, sino a los elementos personales o humanos (empresario y colectividad de trabajadores) que componen la estructura interna de la empresa.

Desde el aspecto dinámico de la empresa, ésta interesa al Derecho del Trabajo en cuanto organización de trabajo y, en consecuencia, el empresario es relevante desde su posición en la empresa como elemento personal que tiene la titularidad del poder de ordenación u organización del conjunto de relaciones de trabajo que en el seno de la empresa se producen; la organización de trabajo en que la empresa consiste para el Derecho del Trabajo otorga al empresario una especial posición. No es sólo acreedor de trabajo (empleador), sino titular de empresa y, como tal, titular del poder de organización.

Ahora bien, así como desde el punto de vista económico y sociológico es suficiente afirmar que la función imprescindible de ordenación o poder de decisión que toda organización funcional exige está encomendada al empresario o directivo, desde el punto

de vista jurídico, y teniendo en cuenta que el fundamento de toda organización es la jerarquía, es necesario distinguir titularidad del poder y ejercicio del mismo; porque, así como para la economía y la sociología basta la apariencia externa del sujeto que organiza para calificarlo como empresario (14), para el Derecho es necesario saber en nombre y por cuenta de quien se actúa, es decir, a quien corresponde la titularidad jurídica de la empresa y, en consecuencia, el poder de organización. Por eso el empresario económico y sociológico puede no coincidir con el jurídico, siendo éste último quien interesa al legislador.

B.1. Visión unitaria de la empresa: noción a efectos del art.1º.2 del R.D.1382/1985

Delimitada la noción jurídica de empresa desde el punto de vista del Derecho Mercantil y del Derecho del Trabajo, corresponde ahora determinar operativamente lo que el legislador pretende expresar con el término "titularidad jurídica de la empresa"; es decir, si la empresa ha de ser entendida exclusivamente desde la perspectiva jurídico-laboral, de tal forma que el personal de alta dirección vendría a ser el trabajador que en el seno de la

empresa ejerce el poder de organización que corresponde al empresario como titular jurídico de una empresa laboral, es decir, de una organización de trabajo; o, por el contrario, hay que dotar a la empresa de una noción jurídica amplia, entendida como unidad económica frente a la unidad técnica de producción, con lo que el empresario sería el titular jurídico de un poder de organización más amplio, delegando el mismo, en virtud del sistema jerárquico existente en la empresa, en unos trabajadores muy determinados, quienes, precisamente por ejercer ese poder que a ellos no corresponde originariamente, son calificados de personal de alta dirección.

Y la distinción es muy importante porque, según se opte por uno u otro aspecto, el ámbito subjetivo de la relación laboral especial será más extensivo o más restrictivo.

En efecto, si atendemos exclusivamente a la noción jurídico-laboral de empresa, como organización de trabajo, alto directivo sería todo aquel trabajador que tiene atribuido, precisamente, el poder de organización técnico-laboral y, en consecuencia, se entenderían incluidos en el ámbito subjetivo del R.D.1382/1985 todos aquellos supuestos estudiados en páginas anteriores, como son Directores deportivos o entrenadores, directores de orquesta, capitanes de buques, directores de hoteles y directores de periódicos, entre otros.

Por el contrario, si atribuimos a la empresa una

noción amplia, entendida como unidad u organización económica, limitaríamos la calificación de alto directivo a aquellos trabajadores que ejercen las funciones que corresponden al empresario como titular jurídico de esa empresa; en este sentido, corresponderían al alto directivo las funciones de inversión, producción y distribución, es decir, la gestión de la actividad empresarial en que consiste, por ejemplo, el objeto social a que se refiere la Ley de Sociedades Anónimas. Y éste es, a nuestro juicio, el significado que ha de otorgarse a la definición legal del artículo 1º.2 del R.D. si tenemos en cuenta determinados aspectos de la regulación establecida por el citado reglamento; a saber, en primer lugar, la propia expresión utilizada en ese precepto frente a la equivalente "empresario", que, conforme a las normas laborales generales (artículo 1º del Estatuto de los Trabajadores), ha de entenderse simplemente como acreedor de trabajo y titular de una organización empresarial laboral; en segundo lugar, porque si atendemos al Derecho supletorio establecido en el propio reglamento de alta dirección, no basta que el titular jurídico de la empresa lo sea desde el punto de vista laboral, sino también civil y/o mercantil.

A estas consideraciones puede añadirse las definiciones de empresa elaboradas por la dogmática jurídica (laboralista y mercantilista), en las que se destaca (desde una perspectiva estática o dinámica de

la empresa) la finalidad económica de producción de bienes o servicios (15), que se organiza y controla por el empresario.

Por otro lado, ha sido tradicional en la jurisprudencia la distinción de ese aspecto doble de la empresa (organización de trabajo y organización u actividad económica) en la delimitación de la noción de alto directivo, atribuyendo a éste las funciones relativas a la dirección económico-financiera de gestión de la actividad empresarial de acuerdo al fin propuesto por el empresario (16).

Pasemos, pues, al estudio del supuesto normal que el precepto reglamentario parece regular; a saber, empresario persona jurídica, que adopta la forma jurídica de sociedad mercantil, para determinar qué facultades tiene ese empresario y cómo pueden delegarse. Se trata, en definitiva, de analizar cómo se materializa la organización de la actividad empresarial, lo que permitirá, además, diferenciar el alto directivo laboral de los órganos de administración delegados y no colegiados del empresario social.

C.EL EMPRESARIO, PERSONA JURIDICA Y LA ORGANIZACION DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

Quedaron planteadas en las páginas precedentes

determinadas cuestiones sobre la delimitación "hacia arriba" del personal de alta dirección que han de ser analizadas en este momento. En primer lugar, el empresario social, si adopta forma jurídica de sociedad anónima, es posible que estructure su órgano de administración bajo forma colegiada, arbitrándose, incluso, un complejo sistema de delegaciones de facultades del Consejo de Administración en sujetos, que, o bien son miembros de ese Consejo, o bien son sujetos extraños al órgano de administración. En el primer caso, conforme a la legislación mercantil (artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas), aparece la figura del Consejero Delegado; en el segundo, los Apoderados. Pero, en ambos supuestos, estos sujetos asumen facultades inherentes a la actividad de administración que corresponde al Consejo de Administración. La cuestión es, pues, si el Consejero-Delegado puede o no ser considerado alto directivo, teniendo en cuenta que, según parece desprenderse de la legislación mercantil, sus cometidos son idénticos.

En segundo lugar, quedó planteada también otra cuestión en relación a la delimitación "hacia arriba" concretada, precisamente, en los cometidos o funciones inherentes a los miembros de los órganos de administración individual o colectiva no colegiada. El problema es, pues, determinar en qué consiste la actividad de administración que estos sujetos ejercen a título personal e individual y si, de alguna forma,

es diferente a la actividad de organización empresarial que hemos atribuido al personal de alta dirección.

C.1.Los diferentes grados y significados de la delegación de facultades en la Sociedad Mercantil.

Conforme al artículo 141.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, "cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el Consejo de Administración podrá...designar de su seno una Comisión Ejecutiva o uno o más consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona".

En definitiva, el precepto permite que se atribuyan a diferentes sujetos esferas concretas de competencia que corresponde al Consejo como órgano de administración; con esta técnica de delegación de facultades en sentido amplio, que el precepto establece, se pretende una mejor organización de la actividad administrativa o de gestión que corresponde al Consejo, a través de una descentralización y distribución de las competencias que a él corresponden. Se trata, en definitiva, de un mecanismo que persigue -y ésta es su justificación-, una mayor funcionalidad y efectividad de la compleja actividad administrativa a través de una adecuada distribución de competencias en virtud de los

principios de especialidad y jerarquización (17).

Pero el citado precepto legal se refiere a dos supuestos diferentes, aun cuando se encierran bajo la expresión única "delegación de facultades". En primer lugar, una delegación de facultades en sentido estricto, sólo aplicable cuando el sujeto en quien se delega forma parte del Consejo; en segundo lugar, un "apoderamiento" o atribución de facultades a sujetos extraños al Consejo.

Centrándonos en el primer supuesto, es decir, en la delegación de facultades en sentido estricto, y sin entrar por el momento en el análisis del conjunto de facultades que pueden ser delegadas por el Consejo, conviene detenerse en la relación que media entre el Consejo y los Consejeros Delegados, dato éste que entendemos fundamental para fijar el presupuesto de la distinción con el Personal de alta dirección, normalmente denominado en las Sociedades Anónimas Director General o Gerente, cargo éste que, por lo demás, puede aparecer en los Estatutos de la Sociedad.

C.1.1. Consejo de Administración y Consejero-Delegado: relación

Si el Consejero-Delegado, conforme se deriva de la legislación mercantil (artículo 141.1 y 2 de la

Ley de Sociedades Anónimas) ha de ser necesariamente administrador, es decir, sujeto o miembro del Consejo de Administración, la relación entre ambos depende, precisamente, de ese requisito legal.

Aun cuando esta cuestión ha sido ampliamente estudiada por la doctrina mercantilista, es importante destacar aquí aquellas consideraciones que permitan distinguirlo del personal de alta dirección con el que tradicionalmente se ha venido confundiendo por la jurisprudencial social.

La condición de administrador como presupuesto previo para la designación como Consejero-Delegado confirma, en opinión de la doctrina, que ha de participar de la misma naturaleza que los miembros de los órganos de administración. Por eso, la delegación de facultades ha de entenderse como mecanismo en virtud del cual se incorpora a la estructura interna de la sociedad un sujeto que ya es representante orgánico de la misma y, en consecuencia, la atribución de facultades de gestión al Consejero-Delegado en virtud de ese mecanismo legal ha de revestir un carácter específico, derivado, precisamente, de esa naturaleza jurídica.

En efecto, en virtud del mecanismo de delegación, si bien cuantitativamente no corresponde al Consejero-Delegado las mismas facultades que al Consejo -puesto que la ley prohíbe la delegación de determinadas facultades-, las recibidas son

cualitativamente idénticas; o dicho de otra forma, a través de la técnica de la delegación el delegado no ejercita funciones diferentes a las que ya le correspondía como miembro del Consejo de Administración. Por eso, no se trata en sentido estricto de una delegación de facultades, sino de un cambio en el modo de ejercicio de las mismas (18); de ejercerlas colectivamente, junto al resto de los miembros del Consejo, el Delegado pasa a ejercerlas a título individual.

Se trata, en definitiva, de la atribución de un círculo de competencias concurrentes o acumulativas (19) entre el delegado, que las ejerce como propias en virtud de la delegación, y el órgano delegante, que conserva siempre las facultades delegadas; de ahí que no puede hablarse de una subordinación jurídica del Consejero-Delegado al Consejo de Administración.

Si ésto es así, la relación entre el delegado y el órgano delegante no es la propia del mandato ni de la transferencia de funciones y, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, tampoco es un contrato de trabajo. Cuando el delegado actúa las funciones delegadas ni sustituye al Consejo de Administración (porque éste conserva dichas facultades), ni las ejerce como ajenas ni la utilidad patrimonial de su actuación recae en el Consejo. Cuando el delegante actúa, la imputación jurídica de su actuación recae en la propia sociedad.

Estas son, pues, las premisas a tener en cuenta para determinar la naturaleza jurídica de la relación del Consejero-Delegado y la sociedad y, en consecuencia, para diferenciar este cargo del alto directivo laboral.

C.1.2. Consejero-Delegado y alto directivo
laboral: delimitación.

Ha sido tradicional en la jurisprudencia social la exclusión del Consejero-Delegado del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo, en aplicación del artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. El Consejero-Delegado era considerado un alto cargo (20) porque las funciones desempeñadas por este cargo debían entenderse de "alta dirección, alto gobierno o alto consejo".

Por eso, como ya expusimos en páginas precedentes, la delimitación con el alto directivo, también excluido en virtud del tipo de funciones desempeñadas, no revestía consecuencia práctica alguna. Ambos se entendían incluidos en el ámbito subjetivo del precepto legal citado por lo que no era precisa una delimitación estricta de ambos cargos.

Esta misma situación se mantiene durante las sucesivas etapas legislativas hasta la entrada en vigor del R.D. regulador de la relación laboral especial de alta dirección. Teniendo en cuenta la

falta de desarrollo de los artículos 3º.k) de la Ley de Relaciones Laborales, primero, y 2º.1.a) del Estatuto de los Trabajadores después -en los que aparece el alto directivo como sujeto de un contrato de trabajo especial- y la solución jurisprudencial sobre las normas aplicables en esta etapa transitoria, es comprensible la posición ambigua de la propia jurisprudencia en la delimitación entre alto directivo y Consejero-Delegado. En este sentido, se afirmó (21) que el Consejero-Delegado o bien estaba excluido de la legislación laboral por un problema de derecho transitorio (con lo que, indirectamente, calificaba al Consejero-Delegado como alto directivo laboral), o bien que se trataba, sin más y en función de las facultades ejercidas, de un sujeto excluido de la legislación laboral (con lo que, indirectamente, lo calificaba como alto cargo no laboral). El elemento en virtud del cual era posible esta solución doble no era otro que el objetivo o funcional, es decir, el conjunto de facultades atribuidas y ejercidas por el Consejero-Delegado a través del mecanismo de la delegación previsto en la legislación mercantil.

Pero esta solución doble no puede mantenerse ya a partir de la entrada en vigor del R.D. porque, en la actualidad, las consecuencias jurídicas de una u otra calificación, a diferencia de las etapas legislativas transitorias, no son las mismas. Por eso, desde la perspectiva de la delimitación del

ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo es preciso intentar encuadrar el Consejero-Delegado en aquel grupo de directivos más acorde con las características de ese cargo; en concreto, se trata de delimitar si este sujeto es un alto cargo no laboral en el sentido de la definición propuesta por el artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores o, por el contrario, es un alto directivo laboral conforme a la definición de lo que éste es prevista en el artículo 1º.2 del R.D.

Para intentar una solución, volvamos al mecanismo de atribución de facultades que prevé el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas. Conforme al mismo, el Consejo de Administración puede atribuir sus facultades a otros sujetos en virtud de dos instrumentos diferentes (22); en primer lugar, la delegación estricta del ejercicio de facultades en sujetos que han de ser necesariamente miembros del Consejo de administración, es decir, que tienen la condición legal de administradores sociales. Estamos, pues, ante sujetos que son ya titulares de esas facultades como miembros del órgano colectivo de administración aun cuando su ejercicio corresponda al órgano colegiado en sí y no a sus miembros individualmente considerados; de ahí que la particularidad que encierra esta delegación para el Consejero-Delegado sea, precisamente, la facultad de ejercitar por sí solo los poderes de administración.

Estas son, pues las premisas de las que hay que partir para determinar la naturaleza jurídica de estos cargos delegados, creados en virtud del mecanismo legal de la delegación; rechazadas por la doctrina las tesis del mandato, la sustitución y la transferencia de funciones, se ha afirmado que la misma no puede ser diferente de la que les corresponde como sujetos del Consejo de Administración por varias razones. En primer lugar, se ha dicho, porque la delegación ha de estar previamente prevista en los estatutos sociales; razón ésta insuficiente, a nuestro juicio, ya que si simplemente se dedujese la condición orgánica de los delegados a partir de este requisito, nada impediría atribuir esa misma cualidad a los altos directivos por el simple hecho de que su designación esté prevista en los estatutos. Estaríamos, pues, otorgando valor absoluto a un elemento formal en la determinación de la naturaleza jurídica de una relación (23).

En segundo lugar, por la naturaleza propia de las facultades cuyo ejercicio se delega. En este sentido, hay que tener en cuenta varias consideraciones, a saber, primera, si a través de la delegación son las mismas facultades -desde un punto de vista cualitativo- del órgano administrativo delegante las que se ejercen, las funciones propias del Consejero-Delegado han de ser, precisamente, las que se integran bajo la expresión genérica de "actividades de administración". Segunda, a

diferencia del mandato y de la transferencia de funciones, en virtud de la delegación se atribuyen un mismo círculo de competencias al delegante, que conserva siempre esas facultades, y al delegado, a quien le corresponden y las ejerce como propias; no se trata, pues, del ejercicio de facultades ajenas por delegación de quien las sigue detentando exclusivamente como propias (como ocurre, por ejemplo, a través de la transferencia de competencias o través del apoderamiento), de ahí que la imputación jurídica del acto del delegado recaiga directamente, no en el Consejo de Administración, sino en la propia sociedad. Tercera, el legislador atribuye carácter permanente a la delegación (artículo 141.2 de la Ley de Sociedades Anónimas), sin perjuicio de las posibles alteraciones en su composición personal. Y cuarta, si hay identidad sustancial entre las facultades ejercidas por delegante y delegado, la designación sólo puede recaer -como así lo exige la ley- en quien previamente ostente la condición de administrador; sólo quien es administrador puede ejercer como propias las facultades de administración. Por eso, en base fundamentalmente a este dato último, se ha entendido que la relación jurídica establecida a través de la delegación no puede ser de diversa naturaleza a la ya existente (24); la relación entre el Consejero-Delegado y la sociedad tiene carácter orgánico.

Desde la óptica del Derecho del Trabajo, pues,

hemos de entender excluido al Consejero-Delegado de la legislación laboral en cuanto miembro o titular del órgano de administración de una persona jurídica (25); se trata, pues, de un alto cargo incluido entre los que genéricamente menciona el artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores porque, según expusimos para éstos (26) y reiteramos ahora, los sujetos titulares de los órganos de administración -que forman parte de la estructura interna del empresario social- no prestan un trabajo por cuenta ajena.

Junto a la delegación propiamente dicha, decíamos, el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas establece un segundo mecanismo de atribución de facultades propias del órgano de Administración: el "apoderamiento", en virtud del cual se crea una amplia gama de cargos que en la práctica estatutaria suelen tener la denominación de Director General, Director Gerente, Gerente u otra similar.

Entendiendo esta expresión en sentido amplio, es decir, como atribución de facultades (no en el sentido estricto de acto jurídico por el que se otorga a un sujeto un poder de representación), a través del mismo se faculta a sujetos no administradores -ajenos, pues, a los órganos de administración- para que ejerzan los "poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa".

Pero, aun cuando el "apoderado" -igual que el Consejero Delegado- colabore (27) en la actividad

de administración, es decir, en la consecución del objeto social, no ejerce como propias las funciones y facultades encomendadas específicamente por la Ley al órgano administrativo; por eso, a diferencia del Consejero-Delegado, "el apoderado" no las ejerce como titular de un órgano social -aunque el cargo pueda estar previsto en los estatutos de la sociedad-, sino como sujeto extraño a la estructura interna del empresario social. O, dicho de otra forma, mientras el Consejero-Delegado es un representante orgánico de la sociedad, el "apoderado" es sujeto de una relación de naturaleza diversa, similar, en opinión de la doctrina mercantilista, a la que une al factor con el empresario. Abandonadas, como expusimos en el capítulo primero, las tesis del mandato y del arrendamiento de servicios, ha de estimarse que esa relación es laboral y, por tanto, que esta persona es sujeto de un contrato de trabajo (28).

Es aquí donde hay que encuadrar la figura del alto directivo laboral, sujeto de un contrato de trabajo especial que ejercita los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa (que en el empresario social, corresponden al órgano de administración) y relativos a los objetivos generales de la propia sociedad, es decir, relativos al objeto social.

Delimitada de esta forma la diferente naturaleza jurídica de la relación existente entre la Sociedad y

ambos tipos de cargos directivos, hemos de referirnos a las funciones que uno y otro pueden ejercer. Con ello pretendemos indagar si las facultades ejercidas por el Consejero-Delegado (y también cuando la administración de la sociedad recae sobre un administrador único, administrado mancomunado o administrador solidario) son las "inherentes a su cargo" según expresa el artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores y si alguna diferencia existe respecto de las que ejerce el alto directivo laboral. Téngase en cuenta que en el supuesto de que exista identidad sustancial en el tipo de facultades de uno y otro cargo, el elemento objetivo o funcional no podría entenderse como criterio distintivo entre ambos cargos directivos y no sería posible admitir la concurrencia en una misma persona de dos calidades (representante orgánico y alto directivo) puesto que no habría pretendidos trabajos que pudiesen concurrir. En este caso, el ejercicio de facultades de alta dirección se ejercerían como tal cargo orgánico de administración y, en consecuencia, el sujeto permanecería excluido de la legislación laboral.

C.2. "Poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa" y objeto social.

Pretendemos bajo este epígrafe analizar las facultades que integran la denominada actividad de administración atribuida por la Ley a los órganos de administración del empresario persona jurídica y, con ello, delimitar el significado de la expresión contenida en el artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, "cometidos inherentes al cargo".

De esta forma, determinaremos, pues, el conjunto de facultades que, siendo inherentes al titular jurídico de la empresa, son o pueden ser atribuidas al órgano delegado [y al órgano de administración no colegiado] y al alto directivo y, en consecuencia, si alguna diferencia existe entre estos sujetos en lo que a su actividad se refiere. Téngase en cuenta que el artículo 1º.3 del R.D. excluye del ámbito subjetivo de la relación laboral especial "la actividad delimitada en el artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores"; actividad que, según expusimos en páginas precedentes, no es objeto de tal delimitación en el citado precepto legal, por lo que corresponde al intérprete intentar una caracterización general de la misma.

Se admite, en general, por la doctrina que la actividad de administración o gestión, en sentido amplio, es el conjunto de actos que se desarrollan para

el cumplimiento del objeto social estatutariamente establecido (29), entendido éste, en general, como aquella actividad que la sociedad se propone en el tráfico, y, específicamente en la sociedad mercantil, como aquella actividad económica organizada y ejercida profesionalmente a los efectos de actuar en el mercado de bienes y servicios (30). Por eso, si bien no debe identificarse sociedad y empresa, la actividad económica en que esta última consiste no es otra cosa que el objeto social en que la primera basa su existencia.

El problema se plantea, ciertamente, cuando se intenta concretar el contenido de esa actividad de administración que corresponde a los órganos de administración; y es que, según ha puesto de manifiesto la doctrina mercantilista, la "relatividad del concepto es tal, que la determinación de lo que deba entenderse por acto de administración es un problema cuya solución debe venir relegada a una interpretación de derecho positivo en un análisis realizado caso por caso" (31). Aun así, no han faltado intentos de aportar diferentes criterios para determinar el contenido concreto de la actividad de administración; entre ellos, el que más interesa al objeto de nuestra investigación es aquel que distingue o pretende distinguir entre "actos relativos a la organización de la sociedad" y "actos relativos al ejercicio de la empresa social"; distinción de difícil concreción y de perfiles borrosos

en cuanto ambos tipos de actos tienden a la consecución del objeto social, pero que ha servido para que un sector de la doctrina mercantilista fundamente la diferenciación entre Consejero-Delegado y Director General o Gerente de la Sociedad Anónima (32). En este sentido se ha afirmado que, mientras al primero se otorga -en virtud del mecanismo de la delegación- el ejercicio de ambas actividades, el segundo sólo puede realizar -a través del apoderamiento- las facultades relativas a la gestión de la actividad empresarial, aunque, indudablemente, en el desarrollo de esa actividad colabore en la consecución del objeto social.

Junto a este criterio de delimitación del contenido de la actividad de administración, se ha establecido otro, que acepta casi unánimemente la doctrina mercantilista, basado en el diferente ámbito de actuación. En este sentido, cabe distinguir en el contenido de esa actividad, dos "subactividades". A saber, en primer lugar, una administración en sentido estricto o actividad de gestión interna del objeto social, concebida como un proceso unitario integrado por una serie de fases o etapas de naturaleza diversa que, pese a las dificultades de su individualización en la práctica, pueden concretarse en las siguientes: programación de los objetivos de la sociedad, elaboración de unos planes generales destinados a aplicar la política general, creación de una organización adecuada para la ejecución de dichos planes y, por

último, la dirección y control de esa organización (33).

En segundo lugar, unida a esa actividad interna o de gestión, hay que distinguir una actividad de administración externa o representación, en virtud de la cual se otorga eficacia externa a los actos de gestión.

C.2.1. Identidad sustancial de las facultades ejercidas por el órgano delegado y el alto directivo.

Si en lo expuesto consiste la actividad de administración, la cuestión siguiente a analizar es si todos los actos que la integran son delegables; o dicho de otra forma, se trata de averiguar las facultades que pueden ser atribuidas a los órganos delegados y a los "apoderados" conforme al artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas. No pretendemos un estudio de la extensión y delimitación de las facultades delegadas -estudio ampliamente realizado por la doctrina mercantilista-, sino analizar si existe diferencia alguna en esta materia entre el Consejero-Delegado y el alto directivo.

En principio, podría afirmarse que el Consejero-Delegado, como administrador o representante orgánico de la sociedad, tiene atribuido el ejercicio de todas aquellas facultades que corresponden al órgano de administración, salvo las que de modo expreso la ley ha prohibido delegar -"en ningún caso, [afirma al

artículo 141, párr.2º de la Ley de Sociedades Anónimas], podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la junta general, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella". Ejerce, pues, el conjunto de actos que integran la actividad propia de administración (34) -que corresponde a los órganos de administración- en su doble contenido: facultades de gestión interna y facultades de representación en la misma extensión que se atribuyen al Consejo de Administración; por lo que respecta a las facultades de gestión, no es posible diferenciar, [en cuanto a la extensión de la delegación], entre actos de organización de la sociedad y actos de organización de la empresa. Ambas son delegables (35) en el Consejero-Delegado en una interpretación "a sensu contrario" del citado precepto legal. Y por lo que respecta a las facultades de representación [y en virtud de su condición de miembro del órgano de administración], reviste el carácter de representación orgánica que corresponde a aquel.

La cuestión, pues, es si el alto directivo puede tener atribuidas las mismas facultades que el Consejero-Delegado; se trata de analizar si, además de la diferente naturaleza jurídica de la relación de ambos cargos (alto directivo, sujeto de un contrato de trabajo; Consejero-Delegado, órgano social o

representante orgánico de la sociedad), el carácter de la facultades atribuidas en uno y otro supuesto son también diferentes. En esta materia hay que distinguir el esfuerzo dogmático por establecer esas diferencias de la práctica estatutaria; por un lado, la doctrina ha intentando distinguir ambos cargos también en virtud de la extensión de facultades, admitiendo que el Consejero-Delegado puede tener atribuido el ejercicio del poder de gestión de la organización social y el de la organización empresarial, mientras el Director General sólo puede ejercer el poder de organización de la empresa social. Pero, como ya expusimos, la propia doctrina entiende que este criterio distintivo es muy confuso en cuanto se admita que ambas actividades pretenden el desarrollo del objeto social y, en consecuencia, que el Director General también colabora en su consecución; imprecisión que se confirma, además, en un análisis del conjunto de facultades que se otorgan a estos cargos, conforme a la práctica societaria (36).

De ahí que, frente a la posición tradicional en la jurisprudencia, se admita actualmente que la distinción entre el Consejero-Delegado [calificado de representante orgánico de la sociedad] y el alto directivo no se basa en la supuesta diferente naturaleza de las facultades desarrolladas por uno y otro cargo (37). Y es que, por el contrario, puede apreciarse identidad sustancial de las facultades

ejercidas, en cuanto se entienda que los "poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma" [que se atribuyen al alto directivo -conforme al artículo 1º.2 del R.D.-] son los que corresponden a los órganos de administración, en general, y al Consejero-Delegado, en particular, es decir, a quienes ejercen la titularidad empresarial cuando el empresario es persona jurídica (38). Poderes o conjunto de facultades de administración, organización y dirección de la empresa social que pueden ser retenidos por estos órganos como "actividad inherente" a los mismos y ejercidos según la forma de organización que haya adoptado ese órgano de administración -en cuyo caso nos encontraríamos ante el supuesto descrito en el artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores y, en cuanto tal, excluido de la legislación laboral-; o, por el contrario, pueden ser atribuidos a sujetos ajenos a la estructura orgánica de la sociedad, en cuyo caso estaríamos ante el alto directivo, sujeto de un contrato de trabajo especial.

Solución ésta que supera la ambigüedad e imprecisión del criterio distintivo funcional mantenido por la doctrina y la jurisprudencia, que les había llevado, en primer lugar, a sostener que el cargo de administración que realiza funciones gerenciales en la empresa deja de estar excluido de la legislación laboral para ser incluido en la misma

como alto directivo (39); en segundo lugar, y ante la falta de una delimitación estricta de las supuestas diferentes funciones que ejercen uno y otro cargo, a mantener una interpretación fluctuante del ámbito subjetivo de la inclusión y de la exclusión legales -admitiendo, por ejemplo, que un mismo cargo podía estar incluido y excluido o considerando alto directivo a cargos cuya ubicación en el artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores no es dudosa (40).

Desde la solución adoptada, la principal consecuencia que puede deducirse de su diversa naturaleza -además de la aplicación de un régimen legal diferente- consiste en el tipo de representación que se otorga a uno y otro cargo; el Consejero-Delegado tiene atribuida la representación orgánica porque de un órgano social se trata y, en consecuencia, el ámbito de esa actuación externa frente a terceros y la responsabilidad derivada de la misma estará sometida a las previsiones que establece la Ley de Sociedades Anónimas (artículos 129 y 133). El alto directivo sólo tendrá atribuido un poder de representación voluntaria porque es un sujeto ajeno a la estructura interna de la sociedad; se le aplicará, como ya expusimos, el contenido del poder de representación que corresponde a un factor o apoderado general conforme a los artículos 281 y ss. del Código de Comercio, como derecho supletorio aplicable

a la relación laboral especial regulada en el R.D. de alta dirección.

Pero, téngase en cuenta que el consejero delegado [a diferencia de los órganos de administración individual o solidaria o mancomunada] no tiene previstas sus facultades en la ley, por lo que en la esfera representativa la extensión y forma de ejercicio de esas facultades dependen de los previsto en los estatutos; y, en este sentido, no existen diferencias con el alto directivo. En ambos supuestos, y sin que afecte a la naturaleza jurídica de su relación, pueden actuar mancomunada o solidariamente. Pero, precisamente, derivado del diferente carácter de la representación, las posibles limitaciones en ese poder tiene consecuencias diferentes en lo que a su inoponibilidad u oponibilidad a terceros se refiere.

C.2.2.Concurrencia de cargos

Apoyada la diferencia entre alto cargo y alto directivo en la diversa naturaleza del vínculo (no laboral en el primer caso, laboral en el segundo), debemos ahora resolver una cuestión planteada en el Cap. 3º; a saber, la coexistencia de estos cargos en la organización estructural de la sociedad y la concurrencia de ambas calidades en una misma persona.

Si las facultades del Consejero-Delegado y del

alto directivo son las mismas, y sólo se distinguen en el carácter y la extensión del poder de representación -derivados de la diferente naturaleza jurídica de su relación con la Sociedad-, la existencia posible de ambos cargos en la estructura organizativa de la Sociedad encierra, a nuestro juicio, un mecanismo de subdelegación de facultades, entendido este término en sentido amplio. Es decir, se trataría de atribución de facultades, por quien ejerce individualmente (en virtud de una delegación previa) la titularidad jurídica de la empresa, a un sujeto que no es miembro del órgano de administración (aunque el cargo haya sido previsto expresamente en los Estatutos de la sociedad); se trata, pues, de un supuesto de colaboración en la gestión entre un órgano social (el Consejero-Delegado) y un alto directivo laboral, que está sujeto a los criterios e instrucciones directas que, en ejecución de esa gestión, pueda impartir aquél como "órgano superior de gobierno y administración" (artículo 1º.2 del R.D.). Por tanto, es responsable de la ejecución de esa gestión frente al empresario social en virtud de la naturaleza de su relación (contrato de trabajo) conforme a las reglas establecidas en el R.D. y responsable de su actuación externa, ejercida mancomunada o solidariamente incluso con el propio órgano social delegado, conforme a las reglas de la representación voluntaria.

Y la situación descrita se reproduce si en lugar

de estar organizada la administración de forma colegiada, se atribuye la misma a un Administrador Unico o a varios Administradores Solidarios o Mancomunados, que ejercen individualmente dicha actividad.

Admitida la coexistencia de cargos, la cuestión a resolver es si es posible admitir, también, la concurrencia en un mismo sujeto de dos calidades (titular del órgano de administración y alto directivo) con los efectos propios de esta situación.

Para intentar una solución hay que conjugar dos elementos; a saber, naturaleza diversa del vínculo y conjunto de facultades propias de uno y otro cargo. Sobre esta base puede admitirse la concurrencia en un mismo sujeto de las calidades de alto directivo y de "puro y simple" consejero (Presidente, Secretario o mero vocal del Consejo de Administración) porque las facultades de administración -los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a sus objetivos generales- se atribuyen (y ejercen) al órgano colegiado en sí, no a sus miembros individualmente considerados; los "cometidos inherentes" a estos cargos son compatibles con la actividad concreta y específica de alta dirección, en cuanto la misma es distinta de la propia de su simple pertenencia al consejo (asistir a las reuniones, votar, participar en las deliberaciones o elegir a un

Presidente) (41).

En este supuesto, como solución a la cuestión planteada en páginas precedentes (42), la actividad de alta dirección no queda subsumida en la relación orgánica porque esa actividad no es inherente al cargo de simple y puro consejero; tampoco deja de estar excluido "qua" consejero y pasa a ser alto directivo laboral porque esos cargos tienen una naturaleza jurídica diversa. Por tanto, conjugando ambos elementos, estaría excluido de la legislación laboral como tal consejero e incluido en virtud del trabajo de alta dirección (43).

Pero la solución es distinta si el órgano de administración está organizado de forma individual - administrador único o mancomunado o solidario- o, existiendo un Consejo de Administración, se delegan sus facultades en un Consejero-Delegado.

En ambos supuestos no (44) es posible admitir la concurrencia en una misma persona de dos calidades (miembro del órgano de administración y alto directivo laboral), aunque el cargo de alta dirección esté previsto expresamente en los estatutos junto a los cargos orgánicos (45). Atendiendo al dato de la identidad sustancial de facultades del órgano de administración no colegiado y del alto directivo, estaríamos en el supuesto descrito en el artículo 1º.3.c) del Estatuto de los Trabajadores; es decir, según hemos manifestado, ante "cometidos inherentes"

a esos cargos de administración (46) y, por tanto, ante la actividad excluida del R.D. de alta dirección, conforme a su artículo 1º.3.

En estos casos, pues, la actividad de alta dirección quedaría subsumida en la actividad inherente a estos cargos y, en cuanto tales, permanecerían excluidos de la legislación laboral.

III-ACTIVIDAD RELATIVA A LOS "OBJETIVOS GENERALES". INTERPRETACION

Mantenido en páginas precedentes que los poderes -"inherentes a la titularidad jurídica de la empresa"- ejercidos por el alto directivo son, precisamente, los relativos a la gestión de la actividad empresarial, debemos indagar ahora ^{de} ~~de~~ qué forma influye en su delimitación la expresión "relativos [los poderes] a los objetivos generales de la misma" [¿de la titularidad jurídica ó de la Empresa?]; se trata pues de analizar si esos datos, utilizados conjuntamente, sirven para diferenciar (y en qué sentido) el alto directivo del directivo no alto.

Comiéncese por afirmar que, aun cuando pudiera entenderse que el artículo 1º.2 del R.D. refiere los "objetivos generales" a la empresa, la noción que hemos atribuido a la misma -destacando su aspecto

dinámico- obliga, a nuestro juicio, a vincular esos "objetivos generales" al empresario, persona jurídica o física. O dicho de otra forma, se trata del objetivo o fin que éste persigue, es decir, la propia actividad económica en que la empresa consiste.

Bien pudiera afirmarse, entonces, que la expresión del R.D. poderes "relativos a los objetivos generales de la misma" nada añade en la delimitación del alto directivo; quedaría subsumida en los "poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa", en cuanto los mismos sean entendidos como conjunto de facultades relativos a la dirección y gestión de la actividad empresarial. Las facultades atribuidas al alto directivo son exclusivamente, según manifestamos, las relativas a ese objetivo general.

A.NATURALEZA Y EXTENSION DE LAS FACULTADES EJERCIDAS

Es difícil dar un concepto único o unitario del alto directivo, que permita distinguirlo en bloque - como si se tratase, permítasenos la comparación, de un grupo profesional bien perfilado- del que hemos denominado en páginas precedentes Director Técnico o Director especializado, éste también en bloque. La dificultad (47) de atribuir al alto directivo una noción unívoca depende, en primer lugar, de la propia

heterogeneidad del sistema industrial y, en segundo lugar, de la diversa estructura organizativa que pueden adoptar los diversos elementos que conforman la Administración cuando, sobre todo, el empresario es persona jurídica. De ahí que, en la delimitación "hacia abajo" del alto directivo haya de estudiarse cada situación concreta porque en este supuesto - frente a la delimitación "hacia arriba"- el elemento básico de distinción es el conjunto de facultades atribuidas y realmente ejercidas; se han de valorar, pues, esas facultades para determinar, posteriormente, si son las propias de alta dirección.

Por eso debemos intentar, cuando menos, establecer posibles criterios que permitan distinguir las funciones de alta dirección de las de dirección no alta, que doten de cierta seguridad a esa labor de individualización.

Proponemos en este sentido -atendiendo, precisamente al significado otorgado a la expresión legal "poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa" -una delimitación basada en dos aspectos; uno, cualitativo, atendiendo a la diversa naturaleza de las facultades directivas ejercidas. Otro cuantitativo, atendiendo a la extensión y amplitud de esas funciones directivas dentro del complejo organizativo de la actividad empresarial.

A.1.Criterio "cualitativo" de delimitación

Por lo que respecta al primer elemento de distinción propuesto, el mismo está en relación con la distinción previa ya efectuada entre organización de la actividad encaminada a la consecución del fin económico de producción de bienes y servicios para un mercado (en que consiste la empresa) y organización de la actividad encaminada al fin técnico de producción para la consecución del fin económico.

Encuadraríamos, pues, desde esta perspectiva bajo el término directivos no altos o directivos de régimen laboral común a todos aquellos sujetos que ejercen funciones de dirección técnica, es decir, encaminadas a la consecución del fin técnico de producción; por el contrario, serían altos directivos -empleando expresiones tradicionales en la jurisprudencia (48)- los que ejercen facultades de dirección del negocio o de dirección y gobierno de la empresa, es decir, funciones relacionadas con el objeto de la sociedad -el total giro o tráfico de la empresa a que se refería el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951- y, como tales, encaminadas a la "dirección real y efectiva de los acuerdos, marcha económica, financiera y representativa de la Entidad". O, en expresión actual, los altos directivos ejercen facultades propias de los órganos de administración en cuanto tienden a la organización efectiva y real de la

actividad empresarial en que consiste el objeto social (49)

Teniendo en cuenta las observaciones avanzadas en el Cap.3º sobre diferentes supuestos específicos, el Capitán o Patrón de Buque, el Entrenador deportivo, el Director de Periódico no ejercen "poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma" en el sentido otorgado a esta parte de la definición legal y atendiendo a las normas aplicables a los diferentes supuestos en cuanto a la delimitación de las facultades otorgadas a estos sujetos. Son, pues, directivos laborales de régimen común.

Por eso, en estos casos, no cabe admitir la jurisprudencia -a la que ya nos referimos en el Cap.3º al analizar los diferentes supuestos -que intenta una interpretación extensiva (50) del ámbito de aplicación del R.D. 1382/1985, estimando que los cargos mencionados son altos directivos. Esta jurisprudencia, basada en la posición de un sector de nuestra doctrina científica, admite, a nuestro juicio, diversas observaciones críticas.

En primer lugar, y como observación común a la jurisprudencia y a la doctrina de la que deriva, no existe una delimitación clara del elemento funcional, es decir, del conjunto de facultades que han de estimarse propias de la alta dirección.

En segundo lugar, a pesar de la distinción entre las dos expresiones legales "poderes inherentes" y "objetivos generales", no parece que esa distinción tenga efectos prácticos algunos. En efecto, la jurisprudencia entiende que la primera expresión hace mención, no a la extensión territorial o funcional, sino a la "intensidad o importancia del poder"; y que la segunda, se refiere a la inclusión de las funciones o actividades del alto directivo en el círculo de "decisiones fundamentales o estratégicas de la empresa". La propia jurisprudencia confirma indirectamente lo que admitíamos en páginas anteriores; a saber, que no pueden entenderse separadamente ambas expresiones, la segunda está incluida en la primera en cuanto los poderes atribuidos al alto directivo son, precisamente, los referidos a las decisiones fundamentales o estratégicas de la empresa.

En tercer lugar, aun cuando pueda admitirse -según analizamos a continuación -la calificación del alto directivo de aquel sujeto que no ocupa el puesto-vértice de la estructura piramidal de la empresa, es decir, del que tradicionalmente se ha calificado de "alter ego" del empresario, lo cierto es que la jurisprudencia confunde los supuestos a que estrictamente puede aplicarse esta doctrina. O dicho de otra forma, se puede ampliar el ámbito subjetivo del R.D.1382/1985 siempre que las funciones directivas sean del mismo tipo -tengan la misma

naturaleza- tendentes, como hemos afirmado, a la consecución del fin económico. Cuando se trata de funciones directivas cuyo objeto inmediato es la organización técnico-laboral, no se puede aplicar esta jurisprudencia porque estamos ante funciones de diversa naturaleza.

Y ésto es, precisamente, lo que ocurre en los supuestos a que se aplica; ni el director cinematográfico, ni el capitán o patrón de buque, ni el entrenador deportivo, ni el director de periódico, ni el director de hotel en la mayoría de los casos, realizan las funciones propias de un alto directivo - conforme a las normas aplicables a los diferentes supuestos, ya analizadas-, aunque, por supuesto, su actividad afecte, directa o indirectamente, a los objetivos generales de la empresa, el resultado de su gestión influya en el éxito o fracaso de la empresa y actúen con autonomía y responsabilidad en el ámbito propio de su función. Otra cosa es que a estos sujetos se les atribuya, además de las propias, otras facultades directivas tendentes a la consecución del fin económico de la actividad empresarial; en estos supuestos, los sujetos serían altos directivos, aunque dichas facultades las ejerciesen sólo en un sector o área territorial o funcional concreta de la actividad empresarial. De ahí, como advertimos, que sea necesario un estudio específico y concreto de cada situación individual, aunque nuestra delimitación se ha basado en las funciones-tipo de

estos sujetos.

Con lo que acabamos de exponer enlazamos con el segundo elemento de distinción.

A.2.Criterio "cuantitativo" de delimitación

Si atendemos ahora al segundo elemento de distinción -al que hemos denominado cuantitativo-, nos referimos en este supuesto a aquellas funciones directivas que están en relación con el fin económico de la actividad empresarial y con su distribución en diversos sectores territoriales o funcionales conforme a la estructura organizativa de esa actividad. Se trata, en definitiva, de atender a la estructura vertical y horizontal de la gestión de la actividad empresarial.

Se ha de analizar, pues, si la calificación de alto directivo conviene exclusivamente a quien ejerce esas funciones directivas en el complejo total de la empresa, en toda su extensión territorial y/o funcional, coordinando los diferentes sectores e imponiendo en los mismos los objetivos y la política general fijados por el propio empresario, persona física, o por los órganos de gobierno cuando aquél es persona jurídica; o, por el contrario, es posible una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del R.D.1382/1985 en el sentido de considerar alto directivo a quien ejerce las facultades de

organización y dirección de la actividad económica en los diferentes sectores.

En esta materia ha existido una clara evolución jurisprudencial derivada de las consecuencias jurídicas previstas por la ley en cuanto a la exclusión, primero, la inclusión, después, del alto directivo del ámbito subjetivo de aplicación de la legislación laboral. Así, la tendencia restrictiva en cuanto a la delimitación del alto directivo [entendiendo que su actividad directiva había de referirse a toda la actividad empresarial, a todo el tráfico mercantil] se mantuvo -no sin alguna excepción- cuando estaba excluido de la legislación laboral (51); esta tendencia, general y dominante en la jurisprudencia hasta la regulación específica de la relación laboral especial de alta dirección (52) no fue, sin embargo, unánime. En efecto, este criterio comienza a atenuarse en esa etapa transitoria, admitiéndose que el sujeto podía ser alto directivo aun cuando su ámbito de actuación no se refiriese a la empresa en su totalidad, es decir, aunque los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa estuviesen referidos a sectores determinados de la actividad empresarial (53).

Pero no ha existido una posición constante y unánime en la jurisprudencia sobre cuál sea ese ámbito específico o sector de actividad -territorial y/o funcional- en el que las facultades directivas

desarrolladas permitan aplicar al sujeto que las realiza la calificación de alto directivo. En efecto, desde la perspectiva de la extensión territorial, unas veces se ha mantenido que no es alto directivo quien ejerce facultades de gestión, administración y dirección de la empresa limitadas a una zona o territorio determinados

(54) y otras, por el contrario, no se ha dado relevancia alguna a la extensión territorial donde la función se ejerce (55); lo importante para esta segunda posición es que se ejecuten efectivamente facultades de gestión, administración y disposición de la empresa [es decir, los poderes inherentes a quien ostenta su titularidad jurídica] con autonomía y responsabilidad, aunque esas facultades se limiten a una zona geográfica específica.

Desde la perspectiva de la extensión o amplitud funcional, tampoco existe una posición unánime, aunque es claramente dominante la que ha venido admitiendo la existencia de alto directivo aun cuando sus facultades se limiten a un sector funcional de la actividad empresarial (56).

Sea cual fuere la interpretación jurisprudencial, una más restrictiva, otra más extensiva del ámbito subjetivo de la alta dirección, interesa destacar el elemento utilizado que permite ambas interpretaciones; a saber, que elemento determinante de la noción de alto directivo es para

la jurisprudencia anterior al R.D. 1382/1985 la extensión o amplitud de los poderes atribuidos.

Advertíamos en la Introducción de este capítulo que una primera lectura del artículo 1º.2 del R.D. podía llevar a afirmar la tendencia continuista de la definición legal de alto directivo en cuanto -decíamos- recoge o integra las características esenciales de este sujeto utilizadas por la jurisprudencia anterior; en este sentido puede interpretarse que la expresión, [poderes] "relativos a los objetivos generales de la empresa", respalda la tesis jurisprudencial tradicional en un sentido doble. En primer lugar, que elemento básico de la definición de alto directivo, frente al directivo no alto, es la extensión o amplitud del poder empresarial conferido a ese sujeto; y, en segundo lugar, que se ha recogido la tesis más restrictiva, en cuanto el término "generales" parece referirse exclusivamente a que esos poderes tengan una amplitud total. Alto directivo sería, pues, sólo el que ejerce los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa en todos los ámbitos territoriales o funcionales de la empresa.

Pero a nuestro juicio la conclusión no es tan clara -de hecho sobre la misma no existe una posición unánime en la doctrina (57)-, si tenemos en cuenta el significado otorgado a esa expresión legal en páginas anteriores; se insiste que es inescindible del tipo o clase de poderes que se atribuyen al alto

directivo. Los poderes atribuidos al alto directivo son los que se refieren a la organización y dirección de la actividad empresarial atendiendo a su fin u objetivo principal, el fin económico.

Desde esta perspectiva es posible, pues, atribuir a esa expresión legal un significado más amplio y, en consecuencia, interpretar extensivamente el ámbito subjetivo de esta relación laboral especial; atribuiríamos la calificación de alto directivo a quien ejerce facultades propias de la alta dirección, aunque las desarrolle en sectores territoriales o funcionales concretos de la actividad económica en que consiste la empresa.

Admitiríamos en este supuesto la tendencia jurisprudencial actual favorable a esa ampliación porque en este criterio de delimitación -frente al criterio cualitativo que nos llevó a rechazar esta jurisprudencia- hemos partido del ejercicio de funciones directivas de la misma naturaleza (la "importancia de los poderes" de la que habla la propia jurisprudencia) aunque su ejercicio esté limitado territorial y/o funcionalmente; y ello atendiendo a la propia organización de la estructura empresarial, que, según advertíamos, podía ser, no tanto jerárquica, como coordinada en sus diferentes sectores. Hablaríamos, pues, de una alta dirección "colegiada" (58).

Pero el artículo 1º.2 del R.D. no permite esta

interpretación en todos los supuestos; o, en sentido positivo, sólo la admite en casos específicos. Enlazamos, pues, con la segunda parte de la definición legal relativa al "modo" en que la función de alta dirección ha de ejercerse.

B. "MODO" DE EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE ALTA DIRECCION

La delimitación "hacia abajo" del alto directivo no es completa con la sola referencia a la naturaleza y extensión de las facultades que ejerce; es preciso referirse a un segundo elemento que introduce el artículo 1º.2 del R.D. y que limita la posible interpretación extensiva su ámbito subjetivo hacia sujetos que ejercen facultades de organización de la actividad empresarial en sectores territoriales o funcionales específicos.

Conforme al precepto citado sólo puede considerarse alto directivo, sujeto de la relación laboral especial que regula el R.D., cuando las facultades otorgadas a ese sujeto se ejercen con "autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad" [la de la empresa]; por tanto no basta que se ejerzan poderes inherentes al

empresario y relativos a sus objetivos generales, si en su ejecución no se cumplen estos otros requisitos. Estamos pues, ante elementos acumulativos.

Esta parte del precepto encierra dos elementos, uno derivado del otro y, en su conjunto, derivados del elemento funcional u objetivo, utilizado como dato básico en la delimitación entre alto directivo y directivo no alto; a saber, primero, vinculación directa del alto directivo a quien ostenta la titularidad jurídica de la empresa; segundo, sometimiento a los criterios e instrucciones emanadas de esa persona.

Pasemos al análisis separado de esos dos elementos.

B.1. Transferencia directa de los poderes del empresario.

Si las funciones que ejerce el alto directivo son las inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, o dicho de otra forma, si los intereses del empresario -los relativos a la dirección y organización de su actividad económica- son los confiados al alto directivo, debe existir una vinculación directa entre ambos sujetos; el titular -el propio empresario cuando es una persona física, los órganos de administración cuando es una persona jurídica-, que transfiere esas competencias pero

retiene la titularidad, y quien las ostenta, en cuanto ejerce funciones que le son ajenas.

Esa vinculación directa significa -desde la perspectiva que ahora interesa- que en la estructura jerárquica, establecida en virtud del mecanismo de la analizada "delegación" de facultades en sentido amplio, el alto directivo ocupa un puesto inmediatamente inferior al del empresario o de los órganos de administración (necesarios y/o facultativos) a quienes corresponde el establecimiento de la política general de la actividad empresarial; el "titular del puesto-vértice de la estructura piramidal de la empresa" no es -aunque así lo califique la jurisprudencia (59)- el alto directivo, sino el propio empresario que atribuye el ejercicio de las facultades inherentes a su titularidad.

Esta es la idea que el R.D. integra en la definición legal de alto directivo; la expresión del artículo 1º.2, criterios e instrucciones "directas", ha de interpretarse en el sentido de que el alto directivo sólo tiene como superior a quien ostenta la titularidad de la empresa, por lo que la atribución de facultades que el citado precepto encierra es una atribución de "primer grado" (60). Los demás puestos de mando de esa escala jerárquica, es decir, los cargos de dirección o gestión de la actividad empresarial, que ostentan, también, funciones inherentes a la titularidad de la empresa en los diferente sectores o áreas territoriales o

funcionales, estarán sometidos directamente a las órdenes y a la coordinación fijadas por ese sujeto ajeno (y sometido también) a los órganos de administración; sólo podrán ser considerados cargos de dirección o mandos intermedios, es decir, directivos de régimen laboral "común".

En el supuesto inverso, es decir, si falta ese sujeto coordinador general de los diferentes sectores en los que los demás directivos desarrollan las facultades propias del titular jurídico de la empresa, estos directivos estarán vinculados directamente al titular y, en consecuencia, estaremos en presencia de la que hemos denominado "alta dirección colegiada", ante una descentralización de la dirección general en diferentes sectores.

Conforme a las ideas expuestas puede avanzarse el siguiente esquema de la estructura organizativa de la actividad empresarial o, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, de los diferentes grupos de directivos atendiendo al supuesto-tipo de empresario persona jurídica, que adopta la forma jurídica de Sociedad Anónima:

(1)-Consejo de Administración

(2)-Consejero-Delegado

(3)-Director General

(4)-Director A Director B Director C Director D

Donde, (1) y (2) son altos cargos no laborales;

es decir los "órganos de gobierno" a que se refiere el artículo 1º.2 del R.D.1382/1985.

(2)-Alto cargo no laboral como órgano de gobierno delegado, que puede no existir si la administración está organizada de forma colegiada y que no existe si lo está de forma individual o colectiva no colegiada.

(3)-Es el alto directivo laboral, se denomine así o de forma diferente, sometido a las instrucciones emanadas de los órganos de gobierno.

(4)-Son los cargos de dirección que desempeñan sus funciones directivas en sectores territoriales (delegaciones, sucursales...) o funcionales (sector, departamento, sección) específicos de la actividad empresarial. Altos directivos si el (3) no existe; directivos no altos o de régimen laboral "común" en caso contrario.

B.2."Dependencia" en su trabajo

El segundo elemento que encierra el artículo 1º.2. del R.D. en cuanto al "modo" de ejercicio de la actividad directiva, y derivado del anteriormente analizado, refiere a la concrección en el ámbito laboral de la "vinculación" del alto directivo a quien ostenta la titularidad jurídica de la empresa. Las facultades del alto directivo, en cuanto transferidas por su titular, son siempre derivadas,

por lo que en función de este dato se manifiestan en esta relación los elementos o notas determinantes del contrato de trabajo.

En primer lugar, la ajenidad del trabajo prestado por el alto directivo deriva, precisamente, de que las funciones que ejerce -en que consiste el objeto de su trabajo- son propias del titular de la empresa. La utilidad patrimonial del trabajo prestado por el alto directivo recae en quien retiene la titularidad de esas facultades.

En segundo lugar, si el poder es derivado y, en consecuencia, se ejercen facultades ajenas, el trabajo prestado por el alto directivo estará sometido a la organización y dirección del titular; es, pues, un trabajo dependiente.

Pero como analizamos detenidamente en el cap.1º la dependencia del alto directivo no es de un tipo especial; si se admite que el artículo 1º.1 del Estatuto de los Trabajadores recoge en su definición el concepto "flexibilizado" de dependencia, aplicable a todo trabajador, la especialidad de la relación laboral del alto directivo no consiste en una pretendida atenuación de esa nota -entendiendo la dependencia como cuestión de grado- (61). Primero, porque esa atenuación o flexibilización existe en (y es propia de) la relación laboral "común"; segundo, porque esa atenuación, si existe, es en todo caso consecuencia de la especialidad (no causa de la misma); y tercero, porque si entendiéramos la de-

pendencia como cuestión de grado, el sometimiento o vinculación del alto directivo sería superior al de los demás trabajadores, en cuanto los intereses propios del empresario son los que a él se confían.

Si la especialidad de la relación laboral del alto directivo consiste en el elemento objetivo o funcional, es decir, en el tipo de facultades atribuidas y en la forma de su ejercicio -en cuanto delegadas directamente por su titular-, el significado de su dependencia -y en sentido inverso, del poder de dirección del empresario como definitorio de la relación laboral- ha de entenderse aquí en un sentido doble.

En primer lugar, la inserción del alto directivo en el ámbito de organización y dirección del empresario ha de ser compatible con la autonomía funcional del alto directivo en la ejecución de su trabajo puesto que son, precisamente, poderes empresariales de decisión lo que ejerce, entre ellos, el poder de dirección del empresario; los demás trabajadores, directivos o no, estarán obligados a trabajar, conforme al artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, bajo la dirección del alto directivo (como sujeto delegado del empresario). Pero, como estamos ante un sujeto de una relación laboral, el poder de dirección del empresario también se manifiesta frente al alto directivo, si bien no a

través de órdenes concretas y precisas en cuanto al modo de ejecución de su trabajo, sino -en virtud de su autonomía objetiva- a través de "criterios e instrucciones" relativos a la consecución del fin económico de la actividad empresarial.

En segundo lugar, del ejercicio de poderes derivados -por tanto, obligado el alto directivo a seguir los criterios e instrucciones del empresario aunque con amplia autonomía funcional- deriva su responsabilidad por los actos ejecutados en el ejercicio de su actividad. Si a ello añadimos -según advertíamos-, que el alto directivo es normalmente un representante del empresario, es decir, ejerce sus facultades frente a terceros, en el estudio de la responsabilidad del alto directivo ha de distinguirse el aspecto interno del aspecto externo de su actuación y si su actuación ha sido en cumplimiento de los criterios e instrucciones del empresario o, por el contrario, los ha incumplido.

Teniendo en cuenta estos elementos, en su actividad o relación interna la "plena responsabilidad", a que se refiere el artículo 19.2 del R.D.1382/1985 y derivada de su actuación en incumplimiento de los criterios e instrucciones, no es diferente de la del trabajador "común"; ese incumplimiento se entendería como transgresión de la buena fe contractual que preside el contrato de trabajo y, por tanto, causa suficiente de un despido disciplinario del alto directivo, con independencia

de la añadida responsabilidad civil y/o penal que esa actuación puede conllevar.

Si, por el contrario, el alto directivo cumple las instrucciones dadas por el empresario, éste debe soportar los daños y perjuicios que pueda sufrir con ocasión de ese cumplimiento; este deber de protección del empresario ["conforme al cual debe procurar que el trabajador resulte indemne de los daños y perjuicios que sufra con ocasión de aquel cumplimiento" (62)] queda ciertamente atenuado en la relación laboral especial del alta dirección. El empresario no puede imponer sanción alguna, pero puede extinguir el contrato por desistimiento basándose en la genérica pérdida de confianza depositada en el alto directivo.

Pero la cuestión se plantea ciertamente en el aspecto externo de su actividad; es decir, en el daño que su actuación puede causar a los terceros. En este caso, podría interpretarse literalmente el artículo 19.2. del R.D. concluyendo que el alto directivo es plenamente responsable de su actuación frente a terceros sin distinguir si el daño se ha producido con ocasión del cumplimiento de las instrucciones del empresario o si se ha producido incumpliendo éstas.

Para dar una solución a esta cuestión hay que tener en cuenta que el alto directivo es un representante voluntario; representante, porque la actuación en nombre y por cuenta del empresario

frente a terceros es parte integrante del contenido de su actividad de organización y dirección; voluntario, porque no es un órgano de la sociedad y, en consecuencia, no puede ser titular del poder de representación orgánica. Derivado, pues, del carácter de su poder de representación aparece el tema central de las limitaciones de ese poder y de su eficacia frente a terceros.

Las instrucciones del empresario pueden concretarse en la actividad externa en una serie de limitaciones a las facultades atribuidas al alto directivo quien ha de mantenerse en su actuación dentro de las limitaciones impuestas; esta posibilidad de limitación, derivada del poder de dirección del empresario, está reconocida además por el Código de Comercio (artículo 283).

Siendo estas limitaciones posibles, se ha de analizar si también son oponibles frente a los terceros, es decir, si el empresario puede alegar válidamente frente a éstos la existencia de esas limitaciones -exonerándose de responsabilidad por los actos realizados por el alto directivo incumpliendo sus instrucciones- o, por el contrario, el acto del alto directivo vincula al empresario -siendo éste responsable frente a los terceros-. La solución a adoptar deriva, insistimos, del carácter de representación voluntaria atribuido al alto directivo; frente al contenido típico e inderogable del poder de representación atribuido a los órganos

de administración [en la medida que el ámbito de ese poder viene dado por el objeto social, conforme al artículo 129 L.S.A.], no existe una configuración rígida del poder de representación voluntaria conforme a los artículos 283 y 286 del Código de Comercio. Por tanto, los límites de ese poder inscritos (artículos 87.2º y 94.5º en relación con el artículo 9º del RRM) serían oponibles a los terceros -el empresario no es responsable frente a ellos-; por el contrario, si falta la inscripción de esas limitaciones, unida a una actuación "notoria" del alto directivo en el ámbito de sus facultades de organización y dirección de la actividad empresarial (conforme al artículo 286 del Código de Comercio), carecerán de valor frente a terceros, son ineficaces -por tanto, el empresario deviene responsable de esta actuación del alto directivo; su actuación vincula al empresario. Solución ésta a aplicar si el alto directivo actúa dentro de las limitaciones; su actuación vincula al empresario quien, como consecuencia obligada de su poder de dirección, ha de responder de los daños causados a los terceros por los actos ejecutados por el alto directivo con ocasión de ese cumplimiento.

Notas a pie de página del Capítulo Cuarto

(1)-Así lo admite la jurisprudencia actual, iniciándose con ello un cambio de posición decisivo que influirá, como veremos, en la delimitación entre el alto directivo y el Consejero-Delegado y resto de miembros de los órganos de administración que ejercen individualmente la actividad de administración. Vid., entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo siguientes: 30-IX-1987 (Ar.6433), 18-VII-1988 (Ar.6157), 11-XII-1990 (Ar.9767), 14-XII-1990 (Ar.9787).

(2)-FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: "La relación laboral especial del personal...(I), cit., pág.8; en el mismo sentido, MUÑOZ CAMPOS, J.: "El concepto de trabajador directivo en la Jurisprudencia y en el R.D.1382/1985", R.L., nº2, 1986, pág.37, para quien el art.19 del R.D.1382/1985 "integra los aspectos más sustanciales que la jurisprudencia...ha venido destacando con machacona reiteración".

(3)-Cfr.MIÑAMBRES PUIG, C.: El centro de trabajo..., cit., pág.24

(4)-ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: Derecho del Trabajo, 12ª edic., cit., págs.159 y 160

(5)-FERNANDEZ PIRLA, J.M^a.: "La empresa desde el punto de vista económico", en La Empresa; Inst.Est.Plit., Madrid, 1962, pág.46

(6)-ALMANSA PASTOR, J.L.: La participación del trabajador en la administración de la empresa; Edit. Tecnos, Madrid, 1965, pág.14

(7)-RODRIGUEZ PORRAS, J.M.: El factor humano en la empresa; Edic.Deusto, Bilbao, 1989, pág.66-67

Cfr.BARNARD, C.I.: Las funciones de los elementos dirigentes; traducción de F.F.Jardón Santa Eulalia; Int.Est.Polit., Madrid, 1959, pág.85 y ss

(8)-Vid. MIÑAMBRES PUIG, C.: op.ult.cit., pág.33-35

(9)-RODRIGUEZ PORRAS, J.M.: op.ult.cit., pág.67; FISCHER, G.: "Formas de organización y cometidos de la dirección de empresas", R.P.S., nº54, 1962, pág.22

(10)-Cfr.MINTZBERG, H.: La naturaleza del trabajo directivo; traducc.de D.Bonner y J.Nieto; Edit.Ariel, Barcelona, 1983, pág.87

(11)-FISCHER, G.: op.ult.cit., pág.21

(12)-Cfr.BORRAJO DACRUZ, E.: "La presencia activa de los trabajadores en la empresa", R.P.S., nº51, 1962;

sociedad

(17)-De esta forma, u otras parecidas, la doctrina mercantilista destaca la finalidad de la delegación de facultades; vid., en este sentido, en la doctrina italiana, GAGNASSO, O.: Gli organi delegati nella società per azioni, Torino, 1976, págs.7, 30 y 31, para quien el fin de la delegación es la racionalización del ejercicio del poder administrativo en el ámbito de la sociedad; PESCE, A.: Amministrazione e delega di potere amministrativo nella società per azioni, Edit.Giuffrè, Milano, 1969, pág.63, para quien la delegación responde a un principio de especialización de tareas; en este mismo sentido, en la doctrina española, RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración, Edit.Montecorvo, 1971, págs. 80 y 86, para quien la delegación es un mecanismo de distribución de competencias que tiende a una correcta ejecución de las facultades de organización.

(18)-Vid.PESCE, A.: Amministrazione e delega...,cit., pág.92

(19)-MINERVINI, G.: Gli amministratori di società per azioni, cit., págs.442, 451 y 452. PESCE, A.: op.ult.cit., pág.97.

En la doctrina española, IGLESIAS PRADA, J.L.: Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima; cit., pág.381, para quien "un efecto característico de la delegación es el establecimiento de un círculo de competencias comunes a varios órganos".

(20)-Así, se manifiesta la jurisprudencia, entre otras, en las sentencias siguientes: SSTs 19-XII-1952 (Ar.2598), en la que se estima que ejerce "funciones de alta dirección"; 1-VII-1968 (Ar.3293). También SSCT 11-VI-1979 (Ar.3957), 4-III-1981 (Ar.1513)

(21)-Admitida expresamente esta solución doble en STS 25-IX-1982 (Ar.5278).

-Calificación indirecta como alto directivo en relación con las facultades otorgadas en, entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: SSTs 23-IX-1982 (Ar.5262), 12-XI-1982 (Ar.6689), 27-III-1984 (Ar.1612), 17-IV-1984 (Ar.2104), 4-X-1984 (Ar.5231), 14-V-1987 (Ar.3706), 8-VI-1987 (Ar.4134), 6-X-1987 (Ar.6833), 17-X-1989 (Ar.7286), 31-I-1991 (Ar.201). En la jurisprudencia contencioso-administrativa, STS 25-X-1989 (Ar.7008), en la que expresamente se afirma que el Consejero-Delegado es una "persona de alta dirección" porque su actividad "no se limita a realizar cometidos propios del Consejero-Delegado, sino que asume las misiones que, como propias del Consejo de Administración, se le delegan". En el Tribunal Central de Trabajo, SSCT

MUT REMOLA, E.: "Condicionantes sociológicos de la empresa", en Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Sevilla, 1970, pág.515

(13)-Vid.MONTOYA MELGAR, A.: "La empresa y el Derecho del Trabajo", en Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo; Vol.II, Sevilla, 1970, pág.401. En base al mismo define la empresa (pág.413) como "un conjunto organizado de trabajadores, dirigidos por un pempresario, por cuya cuenta prestan coordinadamente sus servicios"

(14)-Vid.ALMANSA PASTOR, J.L.: La participación del trabajador..., cit., pág.29

(15)-En la doctrina laboralista, destacando el que hemos denominado aspecto estático, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Ma.E.: Derecho del Trabajo, 12ª edic., cit., pág.166 definen la empresa como "una agrupación de personas que, controlando bienes o servicios, tiene por finalidad la producción de bienes y servicios para un mercado"; destacando el aspecto dinámico, BORRAJO DACRUZ, E.: Introducción al Derecho del Trabajo, 5ªedic, Edit.Tecnos, Madrid, 1988, la define como "actividad humana, como tal programada o sometida a un plan, encaminada hacia la consecución de un fin económico mediante la utilización de ciertos medios que suelen denominarse, sin más, capital y trabajo".

En la doctrina mercantilista, destacando su aspecto dinámico, GARRIGUES, J.: "La empresa desde el punto de vista jurídico", en La Empresa, Instit.Est.Polit., Madrid, 1962, pág.116, la define como círculo de actividades organizado por una persona que se llama empresario, el cual ordena esos elementos hacia un fin lucrativo, empleando el trabajo propio y el trabajo ajeno"

(16)-La relación de sentencias en este sentido sería interminable; aun cuando esta jurisprudencia será estudiada detenidamente en páginas siguientes -y sin entrar ahora en ~~el~~ razonamiento contradictorio en numerosos supuestos-, vid., entre otras, SSTs 5-IV-1956 (Ar.1346), 8-I-1960 (Ar.156), 4-II-1960 (Ar.183), 7-III-1960 (Ar.1083), 29-IV-1961 (Ar.1671), 15-III-1962 (Ar.911), 10-XI-1965 (Ar.4842), 18-I-1967 (Ar.114), 21-V-1968 (Ar.2819), 30-V-1968 (Ar.2845), 22-IV-1977 (Ar.2524), 7-II-1978 (Ar.604), 3-XII-1979 (Ar.4192), 16-VII-1982 (Ar.4628), 5-V-1983 (Ar.2342)

SSCT 14-XII-1977 (Ar.6483), 3-IV-1979 (Ar.2163), 21-XII-1982 (Ar.7530), 28-IV-1983 (Ar.3654), 2-II-1983 (Ar.893), 13-I-1984 (Ar.211), 9-III-1984 (Ar.2282), 22-XI-1985 (Ar.6392), 1-II-1985 (Ar.689), 20-VII-1985 (Ar.5004)

Es propio de la alta dirección lo que la jurisprudencia denomina "dirección del negocio" o dirección "del total giro de la empresa", conforme a la antigua definición del objeto social de la

18-IV-1980 (Ar.2168), 13-X-1982 (Ar.5357), 3-II-1983 (Ar.905), 16-X-1987 (Ar.21829),

-Calificación indirecta como alto cargo no laboral en relación con las facultades ejercidas, en las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: SSTS 6-V-1978 (Ar.1936), 21-IX-1979 (Ar.3197), 29-IX-1982 (Ar.5311); en el Tribunal Central de Trabajo, SSCT 18-IX-1973 (Ar.3341), 3-VII-1979 (Ar.4654), 22-IV-1981 (Ar.2709), 10-III-1983 (Ar.1969)

(22)-La jurisprudencia social admite que ese precepto mercantil establece un criterio doble de atribución de facultades en SSTS 29-IX-1988 (Ar.7143), 21-I-1991 (Ar.65).

(23)-Vid., en este sentido, negando valor absoluto a los estatutos sociales, FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: "La relación laboral especial...(I)", cit., pág.12; SALA FRANCO, T. y GARCIA NINET, J.I.: "Consejeros y Administradores de sociedades", cit., pág.134.

Por el contrario, otorgando a los estatutos valor decisivo en la configuración del alto directivo, BORRAJO DACRUZ, E.: Altos Cargos, cit., págs.89 y 90; y en la doctrina mercantilista, URÍA, R.: Derecho Mercantil, cit., pág.326 para quien, mientras el Director-Gerente "estatutario" de una sociedad mercantil es un administrador, el no previsto en los estatutos es un apoderado general o factor.

(24)-En este sentido, IGLESIAS PRADA, J.L.: Administración y delegación..., cit., pág.374; PESCE, A.: Amministrazione e delega di potere..., cit., pág.76

(25)-En relación con la opción de la jurisprudencia social por la teoría anticontractualista en cuanto a la caracterización genérica de los cargos de administración -vid. cap.tercero, II, B.4.3.-, se califica ahora al Consejero-Delegado como "órgano social"; vid., en este sentido, SSTS 18-XII-1989 (Ar.9036), 21-I-1991 (Ar.65).

Utilizando la expresión "cargo societario", STS 9-V-1991 (Ar.3794).

En la doctrina mercantilista, esta misma caracterización, en RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas..., cit., pág.419

(26)-Vid., supra, Capítulo Tercero, II, B.4.3.

(27)-RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: "Notas sobre el régimen jurídico del Director General de la S.A.", cit., pág.130

(28)-Vid., en este sentido, y afirmando la diferente naturaleza jurídica de los cargos de Consejero-Delegado y Director General de la sociedad anónima,

RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: op.ult.cit., pág.131 y 138;
BORGIOI, A.: I direttori generali di società per azioni, cit., pág.207

(29)-En este sentido, en la doctrina española, SUAREZ-LLANOS GOMEZ, L.: "Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles", Rev.D.Merc., nº85, 1962, pág.61, nota 33; IGLESIAS PRADA, J.L.: Administración y delegación de facultades en la Sociedad anónima; cit., pág.99; RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración, cit., pág.76.

En la doctrina italiana, BORGIOI, A.: I direttori generali..., cit., pág.13

(30)-Vid. SAENZ GARCIA DE ALBIZU, J.C.: El objeto social en la sociedad anónima; Edit. Civitas, Madrid, 1990, pág.25.

En la doctrina italiana, PESCE, A.: Amministrazione e delega di potere amministrativo..., cit., pág.10. nota 9 bis).

(31)-SUAREZ-LLANOS GOMEZ, L.: "Sobre la distinción...", cit., pág.60

(32)-En este sentido, IGLESIAS PRADA, J.L.: op.ult.cit., pág.386: "a los gerentes corresponden exclusivamente 'actividades inherentes al ejercicio de la empresa social'"; RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: "Notas sobre el régimen jurídico del director general...", cit., págs. 126 y 139; MINERVINI, G.: Gli amministratori ..., cit., págs.205 y 440

En contra, afirmando la identidad de funciones del Consejero-Delegado y del Director General, BORGIOI, A.: I direttori generali di..., cit., págs.206 y 207

(33)-RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas..., cit., pág.77-78

(34)-Así lo admite, también, la jurisprudencia social; vid., en este sentido, SSTs 21-XII-1988 (Ar.9884), 21-I-1991 (Ar.65)

(35)-En este sentido, IGLESIAS PRADA, J.L.: Administración y delegación...cit., pág.195; RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: op.ult.cit., págs.247 y 248.

En la doctrina italiana, MINERVINI, G.: op.ult.cit., pág.440; PESCE, A.: Amministrazione e delega di potere ..., cit., pág.79; GAGNASSO, O.: Gli organi delegati nella società per azioni, cit., pág.35 y ss

(36)-Compárense, por ejemplo, estos dos supuestos:

Funciones propias del Consejero-Delegado -es

decir, del que se califica de órgano social delegado: "administrar bienes muebles e inmuebles; ejercitar y cumplir toda clase de derechos y obligaciones; firmar y seguir correspondencia; constituir, modificar, extinguir y liquidar contratos de todo tipo; admitir y despedir obreros; aceptar, pagar y cobrar cualesquiera deudas y créditos; negociar con letras de cambio, talones, cheques y similares efectos; disponer de libretas de ahorro, cuentas corrientes y de crédito; comparecer en juzgados y tribunales..." (STS 21-I-1991, Ar.65); vid. otros supuestos de elenco de facultades en, entre otras, SSTs 21-IX-1979 (Ar.3197), 29-IX-1982 (Ar.5311), 2-II-1983 (Ar.520), 18-XII-1989 (Ar.9036), 25-V-1990 (Ar.4499), 6-X-1990 (Ar.7928).

Funciones que se entienden propias del Gerente, Director General o Director Gerente -es decir, del que se califica de alto directivo laboral: "comprar y vender marcaderías, nombrar y despedir empleados, operar en bancos, efectuar cobros y pagos; concertar seguros, aceptar hipotecas y otras garantías; transigir, representar y realizar todas las operaciones sobre letras de cambio y en general, toda clase de actos de administración, gestión o comercio..." (STS 5-VI-1986, Ar.3473); vid. otros supuestos de enumeración de facultades en STS 3-VII-1986 (Ar.3939) y SSCT 14-IV-1986 (Ar.2412), 22-XI-1986 (Ar.12170).

(37)-STS 29-IX-1988 (Ar.7143), que es la primera sentencia en que se admite que el criterio de delimitación no es la clase o tipos de funciones desempeñadas; en el mismo sentido, SSTs 19-X-1988 (Ar.8116), 18-XII-1989 (Ar.9036), 21-I-1991 (Ar.65), 13-V-1991 (Ar.3906)

(38)-En este sentido, últimamente, SSTs 18-III-1991 (Ar.1868), 29-IV-1991 (Ar.3393); y más claramente, aún, en STS 13-V-1991 (Ar.3906)

(39)-Esta afirmación en SCT 4-XII-1986 (Ar.13150).

En la doctrina, y para el supuesto específico de Consejero-Delegado, FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y RODRIGUEZ PIÑERO, M.: "La relación laboral especial...", *cit.*, pág.13 y 15, quienes partiendo de la afirmación de que "la pertenencia a un órgano administrativo es condición necesaria, pero no suficiente [...] para que opere la exclusión del Derecho del Trabajo", el órgano delegado será trabajador directivo cuando "se de una participación activa en la ordenación de la marcha de la empresa, la real dirección del negocio..."; en el mismo sentido, calificando al Consejero-Delegado de alto directivo laboral en virtud de las funciones desempeñadas, SALA FRANCO, T. y GARCIA NINET, J.I.: "Consejeros y administradores...", *cit.*, pág.142

(40)-Esta solución contradictoria en SSCT de 13-XI-

1986 (Ar.11546) y 6-VII-1988 (Ar.4867), que califican al Administrador Solidario de una sociedad -en relación con sus facultades- de alto directivo.

Para un mismo supuesto (socio, miembro del consejo de administración y gerente), la STS 19-I-1984 (Ar.67) lo califica de alto directivo; la STS 17-V-1985 (Ar.2727) de alto cargo no laboral (incluido en el artículo 19.3.c del Estatuto de los Trabajadores).

(41)-Admiten la concurrencia de calidades, pero no en base al fundamento de la actividad sino en cuanto a la dependencia o subordinación al consejo de administración, SALA FRANCO, T. y GARCIA NINET, J.I.: "Consejeros y administradores...", *cit.*, págs.151 y 152

(42)-Vid., supra, Capítulo Tercero, II, B.3.1.

(43)-Se admite la concurrencia de consejero puro y simple y alto directivo, en SSTS 25-VII-1990 (Ar.6471), 25-X-1990 (Ar.7794); también SCT 13-VII-1988 (Ar.4916), para supuesto de Vicepresidente del Consejo de Administración.

La niegan, SSTS 7-XI-1985 (Ar.5739), 25-V-1990 (Ar.4499), 7-XI-1990 (Ar.8556), 11-XII-1990 (Ar.9767), 29-IV-1991 (Ar.3393), en las que, a nuestro juicio, no se distingue la actividad propia del órgano colegiado de administración (el Consejo de Administración) de los cometidos inherentes al simple y mero consejero (ya sea Presidente, Secretario o Vocal); para el Tribunal Supremo, cualquier actividad directiva "desplegada" por las personas que ocupan estos cargos queda subsumida en su relación orgánica.

(44)-Se admite, por el contrario, la concurrencia de Consejero-Delegado y alto directivo (Director General o Gerente o Director Gerente en la práctica societaria) en SSTS 25-VII-1989 (Ar.5918), 6-X-1990 (Ar.7928)

(45)-El Tribunal Supremo en una reciente sentencia ha admitido la concurrencia de calidades, Consejero Delegado y alto directivo, si el cargo de este último ha sido previsto expresamente en los estatutos; vid.STS 13-V-1991 (Ar.3906).

Parece, pues, dar valor al elemento formal, aunque bien es cierto que no existe una argumentación en la sentencia para sostener esa solución.

(46)-Esta fundamentación en sentencias recientes; vid., en este sentido, SSTS 18-III-1991 (Ar.1868), 29-IV-1991 (Ar.3393), 9-V-1991 (Ar.3794), 13-V-1991 (Ar.3906),

(47)-Cfr.TINTI, A.R.: "Il dirigente d'azienda nell'ultimo decennio...", *cit.*, págs.1131-1132

(48)-Estas expresiones jurisprudenciales recobran relevancia actualizada; vid., entre otras muchas, las sentencias citadas en, supra, nota 16.

(49)-Esta idea, ya en SSTs 3-VII-1986 (Ar.3938), 17-III-1987 (Ar.1624), con enumeración de esas funciones; 8-VII-1986 (Ar.3981), 18-VII-1988 (Ar.3052).

(50)-SSTs 30-I-1990 (Ar.233), 3-III-1990 (Ar.1752), 6-III-1990 (Ar.1767)

(51)-Vid., en este sentido, y entre otras, SSTs 9-VII-1955 (Ar.2372), 14-X-1955 (Ar.2862), 4-II-1956 (Ar.480), 15-III-1962 (Ar.911), 6-VII-1963 (Ar.3638), 30-IX-1965 (Ar.4456), 28-XII-1965 (Ar.5839), 13-III-1967 (Ar.1114), 30-VI-1967 (Ar.3089), 1-VII-1968 (Ar.3293), 5-XII-1968 (Ar.5587), 5-VII-1969 (Ar.3797), 24-IX-1969 (Ar.4595), 9-XI-1970 (Ar.4407), 10-XI-1970 (Ar.4491), 20-XI-1970 (Ar.4542), 19-II-1974 (Ar.996), 30-IX-1976 (Ar.3828), 24-IV-1978 (Ar.1615), 28-X-1978 (Ar.3932); vid., también, SSCT 5-V-1977 (Ar.2510), 14-XII-1977 (Ar.6483). En todas ellas se entiende que las funciones de alta dirección son las "funciones rectoras de la empresa en sí, pero no aquéllas que suponen una dirección o trabajo especializado dentro del complejo total de la entidad a la que se prestan esos servicios"

(52)-En esta etapa, pues, se sigue manteniendo que el alto directivo es el que tiene facultades rectoras para llevar la total administración del negocio; vid., por ejemplo, SSTs 10-VI-1980 (Ar.2525), 10-XII-1980 (Ar.4887), 2-III-1981 (Ar.1296), 6-V-1981 (Ar.2100), 20-XII-1982 (Ar.7876), 7-V-1983 (Ar.2350); 14-VI-1988 (Ar.5289). SCT 4-VI-1985 (Ar.3721),

(53)-Vid., en este sentido, SSTs 16-VI-1975 (Ar.2721), 7-III-1988 (Ar.1859) y en la actualidad 21-III-1990 (Ar.2210), en la que se afirma que lo característico son los poderes..."amplios y referidos a la generalidad de la empresa o a un sector, amplio a su vez, de su tráfico y giro funcional o territorial"

(54)-En este sentido, SSTs 6-V-1981 (Ar.2100), 30-III-1981 (Ar.1417), 10-III-1982 (Ar.1471), 13-IV-1982 (Ar.2442); en la actualidad se sigue dando importancia al hecho de que las facultades no estén limitadas a un sector territorial en STS 6-XI-1989 (Ar.8008).

(55)-En este sentido, SSTs 29-III-1976 (Ar.1853), 16-III-1978 (Ar.998), 5-V-1983 (Ar.2342), 16-VII-1987 (Ar.5396), 16-VII-1987 (Ar.5396); SCT 16-III-1985 (Ar.1906)

(56)-Se acepta la calificación de alto directivo en SSTS 22-XII-1971 (Ar.4933), para Director Comercial; 25-XI-1981 (Ar.4600); 16-III-1987 (Ar.1613), para Director del sector inmobiliario; 14-V-1987 (Ar.3705), para Director General de Fabricación

En contra, SCT 25-IX-1987 (Ar.19849) para Gerente Comercial.

La misma evolución cabe advertir en la jurisprudencia italiana respecto a la distinción entre "dirigente" e "impiegato con funzione direttive", ambos sujetos de un contrato de trabajo conforme a los artículos 2094 y 2095 del Código Civil italiano; cfr. TINTI, A.R.: "Il dirigente d'azienda...", cit., pág.1127 y ss; BASEGHI, F.: "La figura del dirigente nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale", Il dir.lav., n°1, 1990, pág.38 y ss

(57)-Hay autores que identifican "objetivos generales" con la extensión a todos los ámbitos territoriales y funcionales; en este sentido, SALA FRANCO, T.: La relación laboral de los altos cargos..., cit., pág.28. Otros, por el contrario, limitan esa total extensión o amplitud a los sectores funcionales, entendiendo que el alto directivo puede existir aunque sus poderes queden circunscritos a un determinado territorio; en este sentido, PENDAS DIAZ, B.: "El ámbito subjetivo de la relación laboral especial del personal de Alta Dirección a la luz de la Jurisprudencia", D.L., n° monográfico, diciembre, 1985, pág.97.

Otros, en fin, rechazan como elemento determinante la extensión de los poderes en lo territorial y en lo funcional; en este sentido, FERNANDEZ LOPEZ, MAF y RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: "La relación laboral especial...", cit., pág.19. Esta última posición es la que mantiene, también, la doctrina italiana, vid. SANTANGELO, I.A.: "Configurazione della dirigenza nell'impresa", Il dir.lav., n°1, 1990, pág.23

(58)-Cfr. TOSSI, P.: Il dirigente d'azienda, cit., pág.77 y ss; BASEGHI, F.: "La figura del dirigente...", cit., pág.55 y ss.

(59)-La jurisprudencia confunde expresiones tradicionales utilizadas para calificar el alto directivo; una cosa es que se califique a éste de "alter ego" del empresario -entendiendo que alto directivo es quien ocupa un puesto jerárquicamente inferior al titular de la empresa- y otra que se diga que es el puesto-vértice de esa estructura -porque éste es el puesto que ocupa, precisamente, el titular.

Vid., en este sentido, SSTS 3-III-1990 (Ar.1752), 6-III-1990 (Ar.1767).

(60)-Expresión ésta tomada de BORRAJO DACRUZ, E.: "El

personal de alta dirección en la empresa", REDI, nº22, 1985, pág.165

(61)-En contra de esta interpretación, la doctrina entiende que en esta relación laboral existe un tipo especial de dependencia; en concreto, se afirma, que es una dependencia muy atenuada. Vid., en este sentido, SALA FRANCO, T.: La relación laboral de los altos cargos..., cit., pág.28; PENDAS DIAZ, B.: "El ámbito subjetivo ...", cit., pág.96, autor este último que entiende que el debilitamiento de la dependencia es consecuencia "de la autonomía de obrar de este tipo de trabajadores". Téngase en cuenta, según expusimos en el Capítulo Primero, que la autonomía funcional es propia también de los demás trabajadores, conforme al concepto legal "común" de dependencia.

(62)-ALONSO OLEA, M.: La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio; Edit.Civitas, Madrid, 1990, pág.13

CONCLUSIONES

Las conclusiones del estudio realizado pueden agruparse en tres grandes apartados coincidentes con los bloques temáticos en que hemos dividido el trabajo; a saber, en primer lugar, las relativas al proceso de configuración jurídica del alto directivo, de trabajador "exceptuado" de la legislación laboral a sujeto de un contrato de trabajo especial; en segundo lugar, las referidas a las fuentes que el legislador ha establecido en la regulación de esta relación laboral especial y las que han de entenderse aplicables atendiendo a los efectos "naturales" de la relación contrato de trabajo y contrato de trabajo especial; en tercer lugar, las relativas a la configuración sistemática del alto directivo, es decir, a su delimitación con los demás grupos de directivos, "hacia arriba" alto cargo no laboral, "hacia abajo" directivo no alto o directivo de régimen laboral "común".

I

Primera-La exclusión tradicional del trabajador directivo del ámbito subjetivo de la legislación laboral (nominalmente hasta la Ley de Relaciones Laborales, en la práctica hasta la entrada en vigor del R.D.1382/1985, de 1 de agosto) se fundamentó por la jurisprudencia en la aparente ausencia en su trabajo del elemento a nota que se entendía

determinante de la relación laboral; a saber, la nota de dependencia.

Segunda-Ni el legislador (Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y Ley de Contrato de Trabajo de 1944) ni la jurisprudencia ofrecieron un concepto jurídico de dependencia, es decir, montado desde el contrato de trabajo; el primero se limitó a otorgar a la misma el valor de nota determinante de una relación laboral; la segunda, dotó a la misma de una multiplicidad de acepciones (dependencia técnica, dependencia económica, dependencia social...) señalando los índices o indicios que, a su juicio, exteriorizaban esas diversas acepciones y, en consecuencia, revelaban la existencia de un trabajo dependiente incluido en la legislación laboral.

Tercera-Excluido el trabajador directivo de la legislación laboral, se formularon los criterios o datos que exteriorizaban su pretendido trabajo independiente. Pero en esta labor jurisprudencial es posible apreciar una clara evolución -en la que influyó decisivamente la doctrina científica- en cuanto a la delimitación del ámbito subjetivo del personal directivo, es decir, de su exclusión legal; evolución que tiene dos etapas: una primera, en la que esa exclusión se basa en una pretendida independencia económica (elevados sueldos, falta de un salario fijo, inexistencia de horario y jornada

precisada, exclusión de la legislación sobre jornada máxima...) e independencia técnica (conocimientos profesionales elevados, dirección técnica, autonomía en su función), que supuso una ampliación desmesurada del ámbito de la exclusión. Una segunda en la que, sin abandonar el criterio de la dependencia como nota determinante del concepto de trabajador -frente a la posición doctrinal mayoritaria que atribuyó ese carácter a la ajenidad-, la jurisprudencia interpretó restrictivamente la exclusión del personal directivo "flexibilizando" al máximo la nota de dependencia; pero para la jurisprudencia esa exclusión, ahora más restrictiva, seguía siendo meramente declarativa. El alto directivo se consideraba independiente en su trabajo.

Cuarta-La nota de dependencia utilizada en la configuración jurídica deviene claramente contradictoria si atendemos a dos datos fundamentales: primero, el deslinde entre contrato de trabajo y aquellas otras figuras contractuales en las que, jurisprudencia, doctrina o legislación han estimado que falta la dependencia y, en consecuencia, han incluido al alto directivo; la posterior inclusión del alto directivo en la legislación laboral sin que se modifique el criterio jurisprudencial de dependencia utilizado durante la vigencia de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

Quinta-Por lo que se refiere al primer aspecto señalado en la conclusión anterior, las figuras contractuales que se han pretendido diferenciar del contrato de trabajo han sido, básicamente, dos: arrendamiento de servicios regulado por el Código Civil y mandato.

La frontera entre contrato de trabajo y arrendamiento de servicios regulado por el Código Civil es, en alguna medida, extrajurídica y artificiosa; extrajurídica porque ambos comparten las notas jurídicas (dependencia y ajenidad) que derivan, respectivamente, del objeto y la causa, que coinciden en ambas figuras contractuales; y artificiosa, de fronteras imprecisas y mudante en el tiempo. Por tanto, no existe razón jurídica para que el alto directivo haya sido considerado sujeto de un arrendamiento de servicios regulado por el Código Civil; simplemente era un problema de derecho transitorio.

Respecto a la delimitación del contrato de trabajo y mandato, y teniendo en cuenta que se hace consustancial al alto directivo la existencia de un poder de representación y se asimila legal y jurisprudencialmente al Factor Mercantil, la representación no es consustancial al mandato. El alto directivo puede tener atribuido un poder de representación, sin que su relación interna con el empresario se convierta en un mandato.

Sexta-La inclusión del alto directivo en la legislación laboral no ha sido consecuencia de la recepción legal del concepto jurisprudencial "flexibilizado" de dependencia en el artículo 19 del Estatuto de los Trabajadores. Así como la etapa jurisprudencial, denominada flexibilizadora, concordaba con la legislación que excluía al personal de alta dirección, no se ve con claridad que el concepto legal flexible de dependencia -que se quiere mantener como elemento esencial- justifique la inclusión de dichos trabajadores en la legislación laboral, tanto más cuanto en esta etapa no se modifica el concepto jurisprudencial de dependencia.

Séptima-La calificación del alto directivo como sujeto de una relación laboral especial obliga a plantear la diferenciación genérica de las diferentes "especies" del contrato de trabajo -contrato de trabajo "común", modalidades del contrato común y contrato de trabajo especial- conforme a la regulación legal. Pero la "especie" contrato de trabajo "común" no existe porque ni hay un contrato de trabajo general, arquetipo, sino múltiples contratos laborales comunes ni hay una regulación básica, común, como complemento del contrato de trabajo especial.

Si relativo es el concepto contrato de trabajo común, más lo es la "especie" contrato de trabajo especial en cuanto no existe un criterio común de

especialidad para las que el legislador califica como tales ni un elemento común en su regulación jurídica; en este sentido, admitido por los tribunales constitucional y ordinarios que la técnica legislativa utilizada para regular esas relaciones laborales especiales ha sido la deslegalización, se desvirtúan los efectos naturales que deben derivarse de la relación contrato de trabajo/contrato de trabajo especial, a saber, en primer lugar, que no es necesaria remisión expresa a la denominada legislación laboral "común" para que la misma sea aplicada a la relación laboral especial; y segundo, que el derecho supletorio ha de ser la legislación laboral. Efectos éstos que faltan en la relación laboral especial de alta dirección.

II

Primera-El sistema de fuentes de la relación laboral establecido en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores es alterado por el R.D.1382/1985, de 1 de agosto para la relación especial de alta dirección; esta regulación -derivada de la técnica de la deslegalización- excepcional del sistema de fuentes laboral confirma que estamos ante un régimen jurídico basado fundamentalmente en el Derecho Civil, al que se añaden mínimas "pinceladas" laborales.

Segunda-La base fundamentalmente civil de la regulación de esta relación laboral está en la importancia concedida a la autonomía privada como fuente de creación y reglamentación de la relación - frente a su relatividad en el Derecho del Trabajo- y como principio normativo. Puede afirmarse que la significación "normativa" de la autonomía privada es inmediata y directa.

Tercera-La eficacia de la autonomía privada se confirma en el estudio de los límites a la misma; por un lado, las normas estatales, por otro, la autonomía colectiva.

El propio R.D. de alta dirección establece un alcance muy limitado del límite legal laboral; por un lado, su regulación es esencialmente dispositiva y, en numerosos supuestos, incluye normas que dejan plena libertad a la autonomía privada; por otro, las normas laborales "comunes" sólo se aplican a esta relación cuando existe remisión expresa a las mismas en el propio R.D. Bien puede entonces afirmarse que el Derecho común de esta relación laboral especial es el Derecho civil.

Esta solución legal es contraria a la consideración del Derecho del Trabajo como "Derecho común regulador del trabajo asalariado" y a los efectos propios de la relación legislación laboral "común" y especial; de ahí que hayamos intentado otorgar a las normas del R.D. un cierto carácter

imperativo e interpretado ampliamente la remisión a la "legislación laboral común", incluyendo en esta expresión las normas constitucionales laborales que obligan a aplicar a la relación laboral especial de alta dirección otras normas que, siendo desarrollo de las previsiones constitucionales -por tanto, forman parte del orden público laboral-, se encuentran bien en el Estatuto de los Trabajadores, bien fuera del mismo.

Cuarta-Los dos significados o aspectos de la autonomía colectiva -límite intrínseco de la autonomía privada y derecho constitucional- son implícitamente recogidos en sentido restrictivo en el R.D.1382/1985; el convenio colectivo no es derecho objetivo imperativo para la autonomía individual en la relación del alto directivo (no es una de "las demás [normas] que sean de aplicación", conforme al artículo 39.1 del R.D.) puesto que, en primer lugar, el alto directivo está excluido del modelo de negociación colectiva "estatutaria", conjunta con los demás trabajadores -derivada de la especialidad de la relación- y exclusiva para los altos directivos -derivada del criterio legal de medición de la legitimación negocial de las representaciones sindicales-. Y en segundo lugar, el derecho constitucional del alto directivo a la negociación colectiva puede materializarse exclusivamente en un convenio colectivo extraestatutario y, como tal, de

valor contractual (no normativo).

Quinta-El alcance cuasi-absoluto de la autonomía individual -confirmada por la interpretación literal de la jurisprudencia del sistema de fuentes del R.D.1382/1985- y el fundamento legal de la relación especial de alta dirección en la recíproca confianza son los criterios básicos a tener en cuenta en la interpretación del ámbito subjetivo del R.D.

III

Primera-La distinción entre sujetos que, de una u otra forma, han podido ser integrados en el conjunto genérico de personal directivo ha sido tradicional y constante en la evolución legal y jurisprudencial; ahora bien, los criterios de delimitación entre ellos ha sido ciertamente inseguros y contradictorios con los efectos jurídicos relativos a la aplicación o no de la legislación *laboral*.

En un primer momento, el esquema de sujetos directivos se limitó a dos grupos: el Alto Cargo (excluido de la legislación laboral) y el Director Técnico (incluido en la misma); el elemento de distinción entre ellos fue, para la jurisprudencia, la función desempeñada de la que deriva, en su opinión, la independencia del trabajo de los sujetos del primer grupo.

Posteriormente, nominalmente a partir de la Ley de Relaciones Laborales, el grupo de Altos Cargos se subdivide en Altos Cargos no laborales y Alto directivo laboral pero las consecuencias jurídicas consiguientes del nuevo esquema perfilado por el legislador no tiene aplicación efectiva hasta la entrada en vigor del R.D.1382/1985; de esta forma, la exclusión del alto directivo mantenida durante esta etapa transitoria influye en su delimitación jurisprudencial insegura y en cierto modo arbitraria; "hacia arriba" incluyendo bajo la expresión Altos Cargos a sujetos cuya calificación de alto directivo hoy no es dudosa; "hacia abajo", utilizando diferentes criterios de delimitación que originan un ámbito subjetivo de la alta dirección más o menos restrictivo.

Segunda-La exclusión del Alto Cargo de la legislación laboral frente al resto de los sujetos directivos -alto directivo y directivo no alto- deriva de la naturaleza jurídica de su relación con el empresario; si el Alto Cargo es el sujeto que actúa como titular de los órganos de administración del empresario, persona jurídica -sea cual fuere el tipo o forma en que aquellos estén organizados, individual, colectiva no colegiada y colectiva colegiada-, su trabajo o actividad de administración no es por cuenta ajena. No estamos, pues, ante un contrato de trabajo, sino ante una relación mercantil

como representantes orgánicos de la sociedad y, en cuanto tales, excluidos de la legislación laboral.

Ello no quiere decir que los cargos de administración no puedan trabajar de otra forma en la empresa social; pero en estos casos hay que distinguir conforme al tipo de organización de la administración social. Si el sujeto es miembro del Consejo de Administración, es decir es un "mero o simple" consejero, concurren en él dos calidades, la de consejero y la de trabajador por cuenta ajena sometido al Consejo; si el sujeto es Administrador Unico o mancomunado o solidario, no hay concurrencia de trabajos, esa otra actividad quedaría subsumida en la relación orgánica.

Tercera-Los elementos posibles de configuración de la noción de alto directivo frente a los otros dos grupos (altos cargos y directivos no altos) son varios; elementos subjetivos (remuneración, confianza especial, representación y capacidad técnico-profesional); elemento formal (exclusión prevista en las Reglamentaciones y en los Convenios Colectivos y "nomem iuris"); elemento objetivo (competencia funcional).

Cuarta-De esos elementos, los denominados subjetivos no son determinantes de la calificación de alto directivo; son caracteres que puede compartir con otros cargos de dirección a los que no convenga

la calificación de alta dirección en el sentido del R.D.1382/1985.

Los tres tipos de sujetos directivos pueden recibir una alta remuneración, tener capacidad técnico-profesional muy elevada y atribuírseles un poder de representación. Y, por lo que se refiere a la confianza especial -que se estima consustancial al alto directivo-, si bien el alto directivo es un cargo de confianza, no a todo cargo de confianza [y así cabe calificar a los miembros de los órganos de administración y a determinados sujetos directivos no altos] conviene la calificación de alto directivo.

Si estos elementos no son determinantes de la calificación de alto directivo, no pueden estimarse, pues, fundamento de la especialidad de su relación laboral frente a la relación laboral del directivo no alto o de régimen laboral "común". Alto directivo no es el sujeto en quien el empresario deposita una especialísima confianza, sino aquel sujeto de un contrato de trabajo [frente a la relación no laboral de los órganos de administración] que ejerce una función directiva específica [elemento de distinción con el directivo no alto] de la que deriva una especialísima confianza, que se manifiesta en numerosos supuestos de la regulación jurídica prevista en el R.D.1382/1985, sobre todo en materia de extinción del contrato.

Quinta-El elemento formal de configuración del alto directivo se refiere a dos aspectos derivados de la regulación prevista en el artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo que hoy han adquirido relevancia actualizada; en primer lugar, la enumeración de cargos que el precepto contenía era meramente enunciativa; en segundo lugar, la mera denominación en un contrato del cargo ejercido como uno de los contenidos en la lista legal no era criterio determinante de la calificación de alto directivo; y, por último, en tercer lugar, la exclusión de determinados cargos en las Reglamentaciones de Trabajo -y ahora en los Convenios Colectivos- no tenía -y no tiene, conforme a la Disp.adicional del R.D.1382/1985- valor absoluto. Sólo pueden admitirse las exclusiones de la legislación laboral previstas en las vigentes Reglamentaciones de Trabajo si a los excluidos conviene la calificación de alto directivo

Sexta-No hay un elemento único de delimitación del alto directivo respecto de los demás grupos de sujetos directivos; en su delimitación "hacia arriba" ha de tenerse en cuenta el requisito previo de la naturaleza jurídica de la relación; "hacia abajo", elemento básico de distinción es el objetivo o funcional, es decir el tipo de funciones que han de entenderse propias del alto directivo y el modo de su ejercicio.

Séptima-El elemento funcional no sirve para distinguir el alto directivo de aquellos cargos de administración que no se limitan a actuar como meros o simples miembros del Consejo de Administración.

La actividad de administración [entendida como conjunto de actos que se desarrollan para el cumplimiento de la actividad económica organizada, en que consiste la empresa, a los efectos de actuar en el mercado de bienes y servicios] que ejercen, como propia, los miembros de los órganos de administración no colegiada (Administrador único o mancomunados o solidarios) y los órganos delegados del Consejo de Administración (Consejeros-Delegados y miembros de Comisión Ejecutiva) es la atribuida al alto directivo laboral.

Octava-El ejercicio de facultades o "poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa [el empresario, persona física; los órganos de administración del empresario, persona jurídica] y relativos a los objetivos generales de la empresa", es decir, el conjunto de facultades relativas a la dirección y gestión de la actividad empresarial que corresponde al alto directivo es el dato básico de su diferenciación con el directivo no alto. Sólo es, pues, alto directivo el que ejerce facultades de organización de la actividad encaminada a la consecución del fin económico de producción de bienes y servicios.

Este criterio de delimitación restringe el ámbito subjetivo del R.D.1382/1985; pero es posible ampliarlo, admitiendo la denominada alta dirección colegiada, cuando se ejercen facultades propias de la alta dirección en diferentes sectores territoriales y/o funcionales de la organización empresarial atribuidas directamente por el titular jurídico de la empresa; si estos sujetos, por el contrario, no están sometidos directamente a los criterios e instrucciones emanadas del titular, sino sometidos directamente a las órdenes y coordinación fijadas por un sujeto ajeno (y sometido también) a los órganos de administración, sólo serán cargos de dirección intermedios, es decir, directivos de régimen laboral común.

BIBLIOGRAFIA

ABBADESSA, P.:

- La gestione dell'impresa nella società per azioni; Edit. Giuffrè, Milano, 1975

ALARCON CARACUEL:

- "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", R.E.D.T., nº28, 1986

ALBALADEJO, M.:

- Derecho Civil, Tomo II, Volumen segundo

ALBIOL MONTESINOS, I.:

- "En torno a la polémica ajenidad-dependencia", CCDT, Univ.de Valencia, nº1, 1971
- "La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador" (1); R.T., nº93, 1989

ALMANSA PASTOR, J.M.:

- La participación del trabajador en la administración de la empresa; Edit.Tecnos, Madrid, 1965
- "La exclusión de los altos cargos del Derecho del Trabajo español", R.P.S., nº71, 1966
- "Los principios generales del Derecho en las fuentes normativas del Derecho del Trabajo", CCDT, Univ. Valencia, nº3, 1972

ALONSO GARCIA, B.:

- El contrato del director de periódico; Edit.Tecnos, en prensa

ALONSO GARCIA, M.:

- La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo; Edit.Bosch, Barcelona, 1958
- Derecho del Trabajo, Volumen II, Edit.Bosch, Barcelona, 1960
- Curso de Derecho del Trabajo, Barcelona, 1964
- Curso de Derecho del Trabajo, Edit. Ariel, 8ª edic., Barcelona, 1982; 10ª edic., Barcelona, 1987

ALONSO GARCIA, R.:

- "Apunte sobre la progresiva integración judicial del Derecho Comunitario en el Ordenamiento laboral español", R.E.D.T., nº44, 1990

ALONSO DLEA, M.:

- "La empresa desde el punto de vista social", en La empresa, Inst.Est.Polít, Madrid, 1962
- "En torno al concepto de contrato de trabajo", A.D.C., Tomo XX, fasc.1, 1967
- La aplicación del Derecho del Trabajo; Serv. Public. M.de T., Madrid, 1970
- "Sobre la realidad social subyacente al Derecho del Trabajo", R.D.T., Buenos Aires, T.XXXI, 1971
- "Ambito de aplicación. Relaciones incluidas y relaciones excluidas. Relaciones especiales", en Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones

- Laborales; Univ.de Madrid, Fac.de Derecho, Dep.de Derecho del Trabajo, Madrid, 1977
- "El trabajo en cuanto objeto de disciplina jurídica", Rev.de T.R.T., V.13, nº24, 1980
 - El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve; Edit.Civitas, Madrid, 1980
 - "Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación", en Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación en el Estatuto de los Trabajadores; IES, Madrid, 1981
 - Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución; Edit.Civitas, Madrid, 1982
 - "La Revolución Industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo", R.T., nº36, separata, s.f.
 - Introducción al Derecho del Trabajo; Edit.Edersa, 4ªedic.
 - Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social; Tomo I, 1983; Tomo II, 1984; Tomo VIII, 1990; Edit. Civitas, Madrid, 1984, 1985, 1991, respectivamente
 - La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio; Edit. Civitas, Madrid, 1990
 - "Directivas comunitarias y normas nacionales (el carácter mínimo de las directivas sobre seguridad e higiene en el trabajo y la posible mayor protección de la norma nacional", Rev.Inst.Eur., separata, 1991

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Ma.E.:

- Derecho del Trabajo; 11ª edic., revisada; Serv.de publicac. Fac.Derecho; Madrid, 1989
- Derecho del Trabajo; 12ª edic., revisada; serv.de public., Fac.Derecho, Madrid, 1991

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.:

- Instituciones de Seguridad Social; 12ª edic., Edit. Civitas, Madrid, 1990

ALVAREZ DE LA ROSA, M.:

- Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo; Edit.Civitas, Madrid, 1990

AMOROS GUARDIOLA, M.:

- "Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro", A.D.C., nº2, 1983

ANTRAS BADIA, J.Ma.:

- "Comentarios a la normativa reguladora de la relación laboral especial del personal de alta dirección"; R.J.C, nº1, 1986

ARANGUREN URRIZA, F.J.:

- "Los órganos de la Sociedad Anónima", en la obra colectiva Las sociedades de capital conforme a la

nueva legislación. Las sociedades anónimas, de Responsabilidad Limitada, en Comandita por acciones; 2ª edic., Edit.Trivium, Madrid, 1990

ARCE Y FLOREZ-VALDES, J.:

-Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional; Edit.Civitas, Madrid, 1990

BALLETTI, E.:

-"Definizione della categoria e amministrazione congiunta dell'inquadramento nella contrattazione collettiva: i dirigenti"; Riv.giur.lav. e della prev.soc., nº5, Parte Prima, 1988

BARNARD, C.I.:

-Las funciones de los elementos dirigentes; traducción de F.F.Jardón Santa Eulalia; Inst.Est.Polít., Madrid, 1959

BARREIRO GONZALEZ, G.:

-"Personal de alta dirección. Despido y salarios de tramitación (comentario a la STS [Sala 4ª] de 15 de marzo de 1989)"; Rev.La Ley, nº.2371, 30 de noviembre de 1989

BASENGHI, F.:

-"La figura del dirigente nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale", Il.dir.lav., nº1, 1990

BATT:

-Law of Master and Servant; Londres, 5ª edic., 1967

BAYLOS-CASAS-ESCUADERO:

-"Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español", R.L., Tomo II, 1987

BAYLOS GRAU, A. y CASAS BAAMONDE, Mª.E.:

-"Organización del trabajo y autonomía individual: la 'desregulación' del convenio colectivo"; R.L., Tomo II, 1988

BAYON CHACON, G.:

-La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo (limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español), Edit.Tecnos, Madrid, 1955

-"El concepto jurídico-laboral de empresa", R.F.D.U.C.M., Vol.III, nº6, 1959

-"El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?"; R.D.Prvdo., Tomo XLV, 1961

-"Del contrato de trabajo al contrato profesional de servicios", en Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo, Univ.Madrid, Fac.Derecho,

Madrid, 1965

- "El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo", R.P.S., nº71, 1966

BAYON CHACON, G. y PEREZ BOTIJA:

- Manual de Derecho del Trabajo, 8ªedic., Madrid, 1969; 9ªedic., Madrid, 1975; 12ªedic., Madrid, 1978

BETTI, E.:

- Teoría General del Negocio Jurídico; 2ªedic., Edit. Rev.Der.Prvdo, Madrid, 1959, Traducción de MARTIN PEREZ, A.

BLAT GIMENO, F.R.:

- Relaciones laborales en empresas ideológicas; Centro de public.del MTSS, Madrid, 1986

BORGIOLI, A.:

- I Direttori Generali di Società per Azioni; Edit. Giuffrè, Milano, 1975

BORRAJO DACRUZ, E.:

- "Los auxiliares del comerciante en Derecho español", R.D.M., nº64 y 65, 1957
- "La presencia activa de los trabajadores en la empresa", R.P.S., nº52, 1961
- "Conservación de la relación de trabajo cuando el trabajador también ocupa un puesto de alta dirección en la Empresa", R.E.D.T., nº1, 1980
- Altos Cargos laborales; Edit.Edersa, Madrid, 1984
- "El personal de alta dirección en la empresa", R.E.D.T., nº22, 1985
- "La nueva regulación de la relación laboral especial del personal de Alta Dirección"; D.L., nº monográf., diciembre 1985
- "El personal de alta dirección en la empresa", en Comentarios a las Leyes Laborales, dirigidos por el mismo, Tomo II, Vol,1º, Edit.Edersa, 1987
- Introducción al Derecho del Trabajo; 5ªedic., Edit. Tecnos, Madrid, 1988
- "Resolución unilateral del nombramiento de jefe de máquinas en buques pesqueros: derecho a indemnización", A.L., nº30, 1990

BROSETA, M.:

- Manual de Derecho Mercantil, 6ªedic., Madrid, 1986

CABRERA BAZAN, J.:

- "Contrato de trabajo y contrato de sociedad", R.P.S., nº54, 1962
- "Límites materiales y formales al ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo", R.P.S., nº71, 1966

CAMARA BOTIA, A. y MONTOYA MELGAR, A.:

- Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo; Edit.Tecnos, Madrid, 1990

CAMPS RUIZ, L.M.:

- "Comentario al artículo 1º del Estatuto de los Trabajadores. Ambito de Aplicación", en El Estatuto de los Trabajadores. Comentario a la Ley 8/1980, de 10 de marzo, Edit.Edersa, Madrid, 1981
- "Artículo segundo. Relaciones laborales de carácter especial", en El Estatuto de los Trabajadores. Comentario a la Ley 8/1980, de 10 de marzo; Edit. Edersa, Madrid, 1981

CANO TELLO, C.A.:

- "El Derecho Civil, cauce y límite de la autonomía privada", R.C.D.I., nº533, 1979

CAPILLA RONCERO, F.:

- "Comentarios a los artículos 1665 a 1708 del Código Civil", en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M.ALBALADEJO; Tomo XXI, Volumen 1º; Edit.Edersa, Madrid, 1986

CASAS BAAMONDE, M^a.E.:

- Autonomía colectiva y Seguridad Social; Inst. Est. Fiscales, Madrid, 1977
- "Representación unitaria de los trabajadores en la empresa y negociación colectiva", R.E.D.T., nº13, 1988

CASAS BAAMONDE, M^a.E. y ALONSO OLEA, M.:

- Derecho del Trabajo; 11ª edic., revisada, Secc.public. Fac.Derecho, Madrid, 1989
- Derecho del Trabajo; 12ª edic., revisada, Madrid, 1991

CASAS BAAMONDE, M^a.E. y BAYLOS GRAU, A.:

- "Organización del trabajo y autonomía individual: la 'desregulación' del convenio colectivo", R.L., Tomo II, 1988

CASAS-BAYLOS-ESCUDERO:

- "Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español", R.L., Tomo II, 1987

CASAS BAAMONDE, M^a.E. y ESCUDERO, R.:

- "Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales", R.E.D.T., nº17, 1984

CASTAN TOBEÑAS:

- Derecho Civil español común y foral; Tomo IV, 12ª edic., Edit.Reus, Madrid, 1985

CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.:

- "El trabajo de los penados", en Comentarios a las leyes laborales, dirigidos por E.BORRAJO; Edit. Edersa, Tomo II, Vol.19, Madrid, 1987

DE CASTRO Y BRAVO, F.:

- El negocio jurídico; Inst.Nac.de Est.Juríd., Madrid, 1971
- La persona jurídica; Edit.Civitas, Madrid, 1981
- "Limitaciones intrínsecas de la autonomía privada", A.D.C., nº2, 1982
- Derecho civil en España; Tomo I, reed., Madrid, 1984
- Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes; 2ª edic., Edit.Civitas, Madrid, 1985

CLEOFÉ SANCHEZ:

- "Jurisprudencia en torno al concepto de alto cargo"; R.P.S., nº87, 1970

CRISTOBAL-MONTES, A.:

- La administración delegada de la Sociedad Anónima; Edit. Eunsa, Pamplona, 1977

CUEVAS LOPEZ, J.:

- Estructura y función de la representación colectiva en la empresa; Edit.Aranzadi, Pamplona, 1982

DESDENTADO, A.:

- "Igualdad en la aplicación de la Ley y límite máximo de la base reguladora de las pensiones en el extinguido régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores ferroviarios"; R.E.D.T., nº48, 1991

DESDENTADO, A. y DE LA VILLA, L.E.:

- Manual de Seguridad Social; 2ª edic., Edit. Aranzadi, Pamplona, 1979

DIEGUEZ CUERVO, G.:

- Lecciones de Derecho del Trabajo; Edit.Civitas, 2ª edic., Madrid, 1988

DIEZ-PICAZO, L.:

- "La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos", A.D.C., Tomo IX, Vol.IV, 1956
- La representación en el Derecho Privado; Edit. Civitas, Madrid, 1979
- "Los principios generales del derecho en el pensamiento de F.de Castro", A.D.C., nº2, 1983

DIEZ-PICAZO, L. y GULLON:

- Sistema de Derecho Civil, Vol.I; Edit.Tecnos, Madrid, 1989

DORAL Y DEL ARCO, M.A.:

-El negocio jurídico; Edit.Trivium; Madrid, 1982

DURAN LOPEZ, F.:

-"Pacto de no concurrencia", en Comentarios a las Leyes Laborales, dirigidos por E.BORRAJO, Tomo V, Edit. Edersa, Madrid, 1985

ESCUDERO RODRIGUEZ, R.:

-Los sujetos de los convenios de empresa (Representantes unitarios y representaciones sindicales); MTSS, Madrid, 1985

ESCUDERO, R. y CASAS, M.A.E.:

-"Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales", R.E.D.T., nº17, 1984

ESCUDERO-CASAS-BAYLOS:

-"Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español", R.L., Tomo II, 1987

ESTEBAN VELASCO, G.:

-"La representación de la sociedad frente a terceros", en Estudios y Textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económico Europea, dirigidos por GIRON TENA, Fac.de Derecho, Univ. Complutense, Madrid, 1978

-"Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital", en la obra colectiva La reforma del Derecho español de Sociedades de Capital (reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades); Edit. Civitas, Madrid, 1987

FABRIS, P.:

-"I dirigente: uno problema in via di soluzione?"; Riv.it.dir.lav., nº1, 1984

FALCO, J.L.:

-"La regulación laboral de los altos cargos de la empresa", Boletín AEDIPE, Marzo 1986

FERNANDEZ LOPEZ, M.A.F. y GONZALEZ ORTEGA, S.:

-"Relaciones especiales de trabajo y Estatuto de los Trabajadores", R.P.S., nº139, 1983

FERNANDEZ LOPEZ, M.A.F. y RODRIGUEZ-PIÑERO, M.:

-"La relación laboral especial del personal de alta dirección y el R.D.1382/1985" (I y II); R.L., nº5 y 6, 1988

FERNANDEZ MARCOS, L.:

-"Jurisprudencia en torno al concepto de altos cargos", R.P.S., nº86, 1970

FERNANDEZ PIRLA, J.Ma.:

- "La empresa desde el punto de vista económico", en La Empresa, Inst.Est.Polít., Madrid, 1962

FERNANDEZ RUIZ, J.L.:

- "Problemática de los cargos directivos de las empresas a la luz del Derecho laboral y de la Seguridad Social", R.I.S.S., nº6, 1975

FERRI, L.:

- La autonomía privada; traducc. y notas de Derecho español SANCHO MENDIZABAL, L.; Edit.Edersa, Madrid, 1968

FISCHER, G.:

- "Formas de organización y cometidos de la dirección de empresas", R.P.S., nº54, 1962

GAGNASSO, O.:

- Gli organi delegati nella società per azioni, Torino, 1976

GALGANO, F.:

- Trattato de Diritto Civile e Commerciale, Vol.III, Tomo 1º, Milano, 1988

GALIANA MORENO, J.M.:

- El contrato de trabajo en el Derecho inglés
- "El fraude de ley en las relaciones de trabajo: un análisis jurisprudencial", en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo (Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al prof.Manuel Alonso Olea); MTSS, Madrid, 1990

GARATE CASTRO:

- "Sobre el carácter esencial de la dependencia", R.P.S., nº145, 1985
- "Sobre la exclusión de los directores de establecimientos hoteleros del campo de aplicación de la legislación laboral", R.L., nº8, 1985
- "Altos cargos"; R.P.S., nº133 y 134

GARCIA BLASCO. J.:

- "Intervención administrativa y régimen jurídico de prestación de los directores de establecimientos de empresas turísticas" (I y II), A.L., nº24 y 25, 1986

GARCIA MURCIA, J.:

- "El régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial", R.L., nº9, 1985

GARCIA NINET, J.I. y SALA FRANCO, T.:

- "Consejeros y Administradores de Sociedades", en Comentarios a las Leyes Laborales, dirigidos por E.BORRAJO, Tomo I, Edit.Edersa, Madrid, 1990

GARCIA VALDECASAS, G.:

- "La esencia del mandato"; R.D.Prvdo., nº331, 1944
- "Los principios generales del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código Civil"; A.D.C., nº2, 1975

GARCIA-PERROTE, I.:

- "El acuerdo individual 'en masa' como vía de eludir la negociación colectiva con los representantes de los trabajadores", R.L., Tomo I, 1988

GARRIGUES, J.:

- "Mandato y comisión mercantil en el Código de Comercio y en el Proyecto de Reforma", R.C.D.I., nº47, 1928
- "Auxiliares del comerciante", R.D.Prvdo., nº199, 1930
- "La empresa desde el punto de vista jurídico", en La Empresa, Inst.Est.Polít., Madrid, 1962
- Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, 7ªedic., Madrid, 1976

GARRIGUES, J. y URÍA, R.:

- Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas; Tomo II, Madrid, 1953

GIRON TENA, J.:

- Apuntes de Derecho Mercantil. La Empresa (I); Univ.Complutense, Fac.Derecho, Madrid, 1977-78

GONZALEZ DE LENA, F.:

- "Las relaciones especiales de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores y los Decretos reguladores", R.L., nº2, 1986

GONZALEZ ECHEVARRI, J.M.:

- Comentarios al Código de Comercio español; Tomos I y II, Valladolid, 1925

GONZALEZ PEREZ, J.:

- "Los principios generales del Derecho en la Constitución", en La Constitución española y las fuentes del Derecho, Tomo II, Madrid, 1979

GUIDI FEDERZONI, D.:

- "Amministratori de società di capitali e lavoro subordinato", Il dir. del lav., nº3-4, 1990

GUIDO, M.:

- "Ancora sulla nozione di dirigente di azienda", Il dir. del lav., nº , Parte II. 1981

HOENIGER, M.:

- "El apoderamiento mercantil en Derecho alemán", R.D.Prvdo., nº.184, 1929

HUECK y NIPPERDEY:

- Compendio de Derecho del Trabajo; traducción RODRIGUEZ-PIÑERO y DE LA VILLA, Edit. Edersa, Madrid, 1963

HUERTAS BARTOLOME, M^a.T.:

- Mediación mercantil en el ordenamiento laboral; Edit.Tecnos, Madrid, 1991

IGLESIAS CABERO, M.:

- Relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección; Edit.Civitas, Madrid, 1991
- "La relación de servicio en los medios de comunicación", A.L., nº26, 1990

IGLESIAS PRADA, J.L.:

- Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima; Edit.Tecnos, Madrid, 1971

JORDANO DE POZAS, J.B.:

- "Derecho Civil y Derecho del Trabajo", Rev. Der. Prvdo., Diciembre, 1964

LANGLE, E.:

- Manual de Derecho Mercantil español; Tomo I, Barcelona, 1950

LENEL, O.:

- "Mandato y poder", Rev.Der.Prvdo., nº.135, 1924

LINARES NOCI, R.:

- Poder y mandato (problemas sobre su irrevocabilidad); Edit.Colex, Madrid, 1991

LISO, F.:

- "Il licenziamento del dirigente 'apparente'"; Riv. giur.lav. e della prev.soc., nº8-9, Parte Seconda, 1981

LOGENDIO OSBORNE, I.:

- "Los administradores de la Sociedad Anónima", en la obra colectiva Derecho Mercantil, coord. por JIMENEZ SANCHEZ, J.; 1^a edic., Edit.Ariel, Barcelona, 1990

LOPERA CASTILLEJO, M^a.J.:

- El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles; MTSS, Madrid, 1990

LOPEZ MEDRANDO:

- La separación de los administradores de la Sociedad Anónima, Libr.Bosch, Barcelona, 1986

DE LUCA TAMAJO, R.:

- "El nuevo papel de la negociación colectiva y de la

ley", en Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo, Córdoba, 1983

LUMINOSO, A.:

- "Mandato, commissione, spedizione", en Trattato di Diritto Civile e Commerciale, dirigido por CICU, A. y MESSINEO, F., Tomo XXXII, Edit. Giuffrè, Milano, 1984

LYON-CAEN, G.:

- Le droit du travail non salarié; 1990

LYON-CAEN, G. y PELISSIER, J.:

- Droit du travail; 14ª edic., Edit. Dalloz, Paris, 1988

MARTIN VALVERDE, A.:

- "El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho individual del Trabajo y en el Derecho de la Seguridad Social". R.P.S., nº71, 1966

- "El discreto retorno del arrendamiento de servicios", en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudio ofrecido por los catedráticos de Derecho del Trabajo al profesor M. Alonso Olea, Serv. Public. MTSS, Madrid, 1990

- "Grupos de trabajadores y representación unitaria del personal en la empresa", R.E.D.T., nº11, 1982

MARTINEZ GIRON, J.:

- La contratación laboral de servicios profesionales; Serv. public. e interc. científ. de la Univ. de Santiago; 1988

MAZZOTTA, D.:

- "Diritto del lavoro e categorie civilistiche", Riv. it. dir. lav., nº1, 1991

MENENDEZ MENENDEZ, A.:

- "Auxiliares del empresario", R.D.M., nº72, 1959

MENGONI, L., PISANI, A.P. y BATTAGLIANI, A.O.:

- "L'influenza del Diritto del lavoro su Diritto Civile, Diritto Processuale Civile, Diritto Amministrativo", G.D.L.R.I., nº1, 1990

MINERVINI, G.:

- "Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private"; Riv. trim. di dir. e proc. civ., nº2, 1953

- Gli amministratori di società per azioni; Edit. Giuffrè, Milano, 1956

- El mandato. La comisión. El contrato de comisión de transporte; traducc. de PERE-RALUY, J., Edit. Bosch, Barcelona, 1959

MINTZBERG, H.:

- La naturaleza del trabajo directivo; traducción de

D.Bonner y J.Nieto; Edit.Ariel, Barcelona, 1983

MIÑAMBRES PUIG, C.:

- El centro de trabajo (El Reflejo jurídico de las unidades de producción)., Serv.public. MTSS, Madrid, 1985

MOLERO MANGLANO, C.:

- La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo; Inst.Est.Polít., Madrid, 1975

MONTALVO CORREA, J.:

- Fundamentos de Derecho del Trabajo; Edit.Civitas, Madrid, 1975

MONTOYA MELGAR, A.:

- El poder de dirección del empresario; Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965
- "El ámbito personal del Derecho del Trabajo", R.P.S., nº71, 1966
- "La Empresa y el Derecho del Trabajo", en Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Volumen II, Ponencias y Comunicaciones; Sevilla, 1970
- Sobre la esencia del Derecho del Trabajo, Est.Soc., Public.de la Esc.Soc. de Murcia, 1972
- "Dirección de la actividad laboral", en Comentarios a las Leyes Laborales, dirigidos por BORRAJO DACRUZ, Tomo V, Edit.Edersa, Madrid, 1985
- Derecho del Trabajo; Edit.Tecnos, Madrid, 9ªedic., 1988, 12ªedic., 1991
- "El Estado y la autonomía colectiva", A.L., nº22, 1989
- "Stato e autonomia collettiva in Spagna", Riv. it. dir.lav., Parte I, nº3, 1990

MONTOYA MELGAR, A. y CAMARA BOTIA, A.:

- Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo; Edit.Tecnos, Madrid, 1990

MONTOYA MELGAR, A. y SAGARDOY, J.A.:

- El proyecto de Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, Inst.de Est.Económicos, Colecc. Informes, Madrid, 1990

MUÑOZ CAMPOS, J.:

- "El concepto de trabajador directivo en la Jurisprudencia y en el Real Decreto 1382/1985"; R.L., nº2, 1986

MUT REMOLA, E.:

- "Condicionamientos sociológicos de la empresa", en Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo; Volumen II, Sevilla, 1970

OJEDA AVILES, A.:

- "Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria", R.L., nº6-7, 1990
- "La doctrina del equilibrio interno del convenio", R.E.D.T., nº31, 1987

PALOMEQUE LOPEZ, M.C.:

- "El desarrollo reglamentario del Estatuto de los Trabajadores", R.P.S., nº137, 1983
- La nulidad parcial del contrato de trabajo; Edit.Tecnos, Madrid, 1975

PENDAS DIAZ, B.:

- "Ambito subjetivo de la relación laboral especial del personal de alta dirección a la luz de la Jurisprudencia"; D.L., nºmonográfico, 1985
- "Antecedentes histórico-legislativos de la relación laboral especial del personal de alta dirección", Bol.Grad.Soc., nº32, 1986

PERA, G.:

- "Dirigente d'impresa o d'azienda"; Lav. e prev. oggi, 1980-I

PEREZ AMOROS,:

- "El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo español", R.P.S., nº133, 1982

PEREZ BOTIJA:

- El contrato de trabajo, 2ªedic., Madrid, 1954

PEREZ BOTIJA Y BAYON CHACON:

- Manual de Derecho del Trabajo, 8ªedic., Madrid, 1969; 9ªedic., Madrid, 1975; 12ªedic., Madrid, 1978

PEREZ BOTIJA y DE LA VILLA, L.E.:

- "La dependencia es esencial para la existencia de contrato de trabajo"; Rev.Leg.Jur., Tomo XLIX, nº5

PESCE, A.:

- Amministrazione e delega de potere amministrativo nella società per azioni; Edit.Giuffrè, Milano, 1969

DEL PESO Y CALVO:

- "El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo", R.P.S., nº71, 1966

PETRACCONI, G.:

- "Dirigente d'impresa o d'azienda", en Novissimo Digesto italiano, 3ªedic., 1968

PRADAS MONTILLA, R.:

- "La relación laboral especial del personal de Alta Dirección"; D.L., nºmonográfico, diciembre 1985

RAMIREZ MARTINEZ, J.M.:

- "La relación especial de trabajo al servicio del hogar familiar", A.L., nº1, 1986
- "Servicio del hogar familiar", en Comentarios a las Leyes Laborales, dirigidos por BORRAJO DACRUZ, Tomo II, Volumen 19, Edit.Edersa, Madrid, 1987

DEL REY GUANTER, S.:

- "Los convenios colectivos de franja", R.E.D.T., nº17, 1984

DEL REY, S. y RODRIGUEZ-PIÑERO, M.:

- "El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley", en Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo, Córdoba, 1983

RIVERO LAMAS, J.:

- "El Derecho Común del Trabajo en España", Cuadernos del Sem.de Derecho del Trabajo, Fac. Derecho, Univ. Zaragoza, nº1, 1970

RODRIGUEZ ARTIGAS, F.:

- Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración; Edit. Montecorvo, 1971
- "Notas sobre el régimen jurídico del Director General de la Sociedad Anónima", en Estudios Jurídicos en homenaje a J.Garriques; Tomo III, Edit.Tecnos, 1971

RODRIGUEZ-PIÑERO, M.:

- "La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo", R.P.S., nº71, 1966
- "Empresa y contrato de trabajo", en Anales de la Universidad Hispalense, Vol.XX, 1960
- "Negociación colectiva y acuerdos sociales", P.E.E., nº22, 1985
- "El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido", R.L., nº2, 1986

RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F.:

- "La relación laboral especial del personal de alta dirección y el R.D.1382/1985" I y II; R.L., nº5 y 6, 1988

RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y DEL REY, S.:

- "El nuevo papel del negociación colectiva y de la ley", en Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo, Córdoba, 1983

RODRIGUEZ PORRAS, J.M.:

- El factor humano en la empresa; Edic.Deusto, Bilbao, 1989

RODRIGUEZ-SANUDO, F.:

- "La reforma del Título II de la Ley del Estatuto de

los Trabajadores", D.L., nº14, 1984

SAENZ GARCIA DE ALBIZU, J.C.:

-El objeto social en la Sociedad Anónima; Edit. Civitas, Madrid, 1990

SAETTA, S.:

-"Lo straordinario dei dirigente: ossia tanto rumor per nulla", en Mass.Giur.lav., nº4-5, 1990

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.:

-"El concepto de trabajador en el Derecho español", Rev.Temis, Fac.Derecho, Univ.Zaragoza, nº9, 1961

-"Una norma en blanco: el artículo 7º de la Ley de Contrato de Trabajo", Rev.D.T., nº 52, 1962

-"La extinción del contrato del trabajador directivo"; R.L., nº2, 1986

SAGARDOY, J.A. y MONTOYA MELGAR, A.:

-El proyecto de Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación; Inst.de Est.Económicos, Colecc. Informes, Madrid, 1990

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GUERRERO OSTOLAZA, J.Mª:

-El contrato de trabajo del deportista profesional; Edit.Civitas, 1991

SALA FRANCO, T.:

-"La relación laboral especial del Servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico", R.L., nº4, 1986

-La relación laboral de los altos cargos directivos en las empresas; Edic.Deusto, Bilbao, 1990

SALA, T. y ALBIOL, I.:

-Derecho Sindical; Edit.Tirant lo Blanch, Valencia, 1989

SALA FRANCO, T. y GARCIA NINET, J.I.:

-"Consejeros y Administradores de Sociedades", en Comentarios a las Leyes Laborales, dirigidos por E.BORRAJO; Tomo I, Edit.Edersa, Madrid, 1990

SALA FRANCO Y OTROS:

-Derecho del Trabajo; 4ª edic, Edit.tirant lo blanch, Valencia, 1989

SANCHEZ GARCIA, M.:

-"Alcance de la exclusión del ámbito laboral de consejeros y miembros de los órganos de administración de sociedades"; Rev.TAPIA, nº49, dic.1989

SANTANGELO, I.A.:

- "Configurazione della dirigenza nell'impresa", Il.dir.lav., nº1, 1990

SEMPERE NAVARRO, A.V.:

- Nacional sindicalismo y relación de trabajo; Edit. Ariel, Madrid, 1982
- "Sobre el concepto del Derecho del Trabajo", R.E.D.T., nº26, 1986

SINZHEIMER, H.:

- Crisis económica y Derecho del Trabajo; traducc. y estudio preliminar por VAZQUEZ MATEO, IELS, Madrid, 1984

SUAREZ GONZALEZ, F.:

- Las nuevas relaciones laborales y la ley del Estatuto de los Trabajadores; Edit. Pirámide, Madrid, 1980

SUAREZ-LLANOS GOMEZ, L.:

- "Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles", R.D.M., nº85, 1962

TAGLIAVIA LOPEZ, D.:

- "Altos directivos y Derecho del Trabajo"; R.D.B.B., nº4, 1981

TARABINI-CASTELLANI, L.:

- "Status jurídico-laboral del directivo de empresa"; CCDT, nº3, 1977

TINTI, A.R.:

- "Il dirigente d'azienda nell'ultimo decennio: profili evolutivi", Riv.Trim.dir.e proc.civ., nº2, 1979

TORTUERO PLAZA, J.L. y ALONSO OLEA, M.:

- Instituciones de Seguridad Social; 12ª edic., Edit. Civitas, Madrid, 1990

TOSSI, P.:

- Il dirigente D'azienda; Edit. Franco Angeli, Milano, 1974
- "Reflexiones sobre la Alta Dirección"; R.L., nº2, 1986

URIA, R.:

- Derecho Mercantil, Edit. M.Pons; 13ª edic., Madrid, 1985; 14ª edic., Madrid, 1987; 17ª edic., Madrid, 1990

URIA, R. y GARRIGUES, J.:

- Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas; Tomo II; Madrid, 1953

VV.AA.:

- "Cargos directivos"; R.P.S., nº96, 1972

VALDES DAL-RE. F.:

- "El entrenador de un equipo de fútbol ¿es alto cargo?", R.P.S., nº107, 1975

- "Altos Cargos", R.P.S., nº115, 1977

- "Negociación colectiva y representación del personal directivo", R.L., nº2, 1986

- "El paradigma legal en la negociación colectiva", R.L., nº5-6, 1990

VALLADARES RASCON, E.:

- "El R.D.1382/1985, sobre el personal de alta dirección"; La Ley; 1985

DEL VALLE, J.M.:

- "Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo", R.T., nº89,

VICECONTE, M.:

- "Dirigente e pseudodirigente"; lav.e prev.oggi, nº3, 1983

VICENT CHULIA, F.:

- Compendio crítico de Derecho Mercantil, Tomo I, 2ªedic., Barcelona, 1986

VICENTE Y GELLA, A.:

- Derecho Mercantil Comparado, 4ªedic., Zaragoza, 1960

DE LA VILLA, L.E.:

- "Contratos especiales de trabajo. Particularidades extintivas", R.F.D.U.C.M., Volumen III, nº6, Madrid, 1959

- El trabajo a domicilio, Edit.Aranzadi, Pamplona, 1966

- "En torno al concepto de Derecho español del Trabajo", R.T., nº26, 1969

- "Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español", CCDT, univ.de Valencia, nº4, 1972

- "La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar", D.L., núm.monográfico, Diciembre, 1985

DE LA VILLA, L.E. y DESDENTADO, A.:

- Manual de Seguridad Social, 2ª edic., Edit. Aranzadi, Pamplona, 1979

DE LA VILLA, L.E. y PEREZ BOTIJA:

- "La dependencia ¿es esencial para la existencia de contrato de trabajo?", Rev.Leg.Jur., Tomo XLIX, nº5

VILLEGAS DIAZ, J.J.:

- "La relación laboral especial del personal de alta dirección", C.L. (INI), nº7, 1986

VINUESA ALADRO, A.:

-La clasificación profesional; M.T. Serv.prublic.,
Madrid, 1978

VON GIERKE, O.:

-Las raíces del contrato de trabajo; traducc. y
comentario crítico de BARREIRO GONZALEZ, G.,
Edit.Civitas, Madrid, 1982